محاضرات السنة أولى ليسانس

المجموعة الأولى من الفوج 01 إلى 20

مقياس : مدخل للعلوم القانونية – السداسي الثاني

أستاذ المقياس : شلالي رضا

الفصل الثاني: النظرية العامة للحق :

علاقة الحق بالقانون : ان القانون هو الذي ينشئ الحق ويقرره ويؤكده ويبين حدوثه و يحميه بالقوة اذا لزم الأمر لذلك, ومنه يمكن القول أن الحق هو ثمرة القانون (نتيجة له) .

تعريف الحق : اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحق فنجد عدة مذاهب :

01 – المذهب الشخصي " النظرية الإرادية " : أو ما يعرف بالنظرية الإرادية بقيادة الفقيه سافيني ويرى أن الحق هو :{القدرة أو السلطة الإرادية تثبت للشخص الذي يستمدها من القانون }و يجعل هذا المذهب الحق صفة تلحق صاحبها .

النقد : ما يؤخذ على هذه النظرية أنه علق على وجود الحق بوجود الإرادة وبمقتضى ذلك أنه لا حق لامن لا إرادة له مثل المجنون أو المعتوه أو الصبي الغير مميز ... الخ . بينما الارادة لا تلزم بثبوت الحق ودور الارادة يكون عند مباشرة الحق أي استعماله لذا فالصبي غير المميز يثبت له الحق ولكن لا يستعمله الا عن طريق نائبه أو وصية ومن ثم فانعدام الارادة لا ينفي وجود الحق و منه نجد أن المذهب الشخصي بين كيفية استعمال الحق دون تحديد مفهومه .

02 – المذهب الموضوعي : أو ما يعرف بنظرية المصلحة بقيادة الفقيه أهرانج يرى أن الحق يستهدف مصلحة معينة مادية أو أدبية وعرفه أخر بأنه مصلحة مادية أو أدبية يعترف بها القانون و يحميها هذه المصلحة قد تكون مادية اذا كان الحق ماليا و قد تكون معنوية أو أدبية إذا كان الحق غير مالي .

النقد : ما يؤخذ على هذه النظرية أنه لا ينصب على مفهوم الحق كنفه وانما ينصب على الغاية التى يهدف اليها صاحب الحق لتحقيقها .

03 – المذاهب المختلطة : عرف البعض من الفقه الحق أنه القدرة أو السلطة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون .

النقد : قد وجه لهذا المذهب النقد الموجه للنظريتين السابقتين .

04– النظرية الحديثة : يرى الفقه الحديث ضرورة الأخذ برأي الفقيه الفرنسي { دابان } في أن الحق هو سلطة يقررها القانون ويحميها شخص معين يكون له بمقتضاها أي يستأثر بإجراء عمل أو يلزم آخر بأداء عمل تحقيقا لمصلحة له مشروعة وأهم ما يميز الحق أنه علاقة استئثار وتسلط حسب تعريف دابان أو بعبارة أخرى سلطة ينفرد بها صاحب الحق كحق الملكية سلطة للمالك وحده على المالك للملوك له و حق الدائنية سلطة للدائن وحده تمكنه من إلزام المدين بدفع الدين و هي سلطة يعترف بها القانون و يحميها فالمصلحة هي الغاية من الحق و الحق هو الوسيلة لتحقيقها و القانون هو الذي يقرر هذه المصلحة . ويستخلص من هذا التعريف العناصر التالية :

- ✓ أن الحق يعبر عن السلطة التي يقرها القانون .
- ✓ أن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له
- ✓ أن الحق يرد على قيمة معينة تكون محلاً له .
- ✓ أن يكون لصاحب الحق سلطة الاستئثار والتسلط على حقه و يختلف ذلك باختلاف أنواع الحقوق و التسلط نتيجة حتمية الاستئثار ولكن الاستئثار لا يثبت الا لصاحب الحق أما التسلط أو مباشرة الحق لشخص أخر .

❖ أنـــــــــــواع الـــــحـــــقـــــــوق :

- **الحق التام** : هو الذي يعترف به القانون ويحميه عن طريق رفع دعوة أمام القضاء .
- **الحق الناقص** : هو الحق الذي يعترف به القانون ولكن لا يحميه مثل سقوط الحق في الدين بالتقادم .
- **الحق المطلق** : هو الذي يكون للشخص حق في مواجهة الناس كافة كحق الملكية .
- **الحق النسبي** : هو الذي يكون للشخص في مواجهة شخص آخر معين أو أشخاص معينين كحق الدائنية .
- **الحق الأصلي** : هو الذي لا يكون تابع لحق أخر مثل حق الملكية .
- **الحق التبعي** : هو الذي يكون تابع لحق أخر والغاية منه هي ضمان الوفاء بالحق الأصلي كحق الرهن فهو يتبع حق أخر كحق الدائنية .
- **الحقوق السياسية** : هي تلك الحقوق التي تثبت لأبناء الدولة الذين ينتمون لجنسيتها و هم المواطنين دون الأجانب و هذا معناه أن الجنسية هي معيار التمييز بين من تثبت لهم تلك الحقوق و تتمثل هذه الحقوق في :
  - حق الإنـــتـــخـاب .
  - حـق الـتـرشـــح .
  - حـق تـولـي الـوظـائـف الـعـامـة .
  - حـــق الـحـمـايـة فـي الـخـارج .

ويقابل هذه الحقوق واجبات وهي :

- واجب الولاء و الإخـــلاص.
- واجب أداء الخدمة الوطنية .
- تلبية نداء الدفاع عن الوطن.

- **الحقوق المدنية : تثبت للشخص بإعتباره عضو في الجماعة لكي يتمكن من أن يعيش في جو من الحرية و الأمل بما لا يتعارض مع مصلحة المجتمع وغيره من الأفراد, وهي لازمة لحياة الفرد المدنية ,فهي للجميع دون تفرقه في السن أو الجنس أو الجنسية .**

ومن البديهي أن الحقوق المدنية بوجه عام بعضها يثبت لكافة الناس على قدم المساواة مثل الحق في الحياة و حق سلامة الجسم (حقوق عامة) و لكن هناك بعض الحقوق و إن كانت يمكن أن تثبت للناس عامة لكنها تختلف من حيث مداها و مضمونها و أثرها القانوني من شخص لآخر .

تقسيمات الحقوق المدنية

تنقسم الحقوق المدنية على حقوق عامة و خاصة :

01- الحقوق المدنية العامة : "" الحقوق الملتصقة بالشخصية أو حقوق الشخصية""

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بمولده وتلازمه وتظل تحميه حتى وفاته و تشمل هذه الطائفة جملة من الحقوق مثل الحق في الحياة و سلامة بدنه و شرفه والحق في العمل والتنقل .

فحق الشخص في سلامة جسمه نقصد بها أنه لا يجوز الإعتداء عليه (الضرب .. الجرح .. القتل) وحق الشخص في احترام كيانه الأدبي وذلك لمنع الإعتداء على شرفه بالسب أو القذف حتى حرمة حياته الخاصة (سرية مراسلاته و أسراره .....) وتعتبر هذه الحقوق حقوق أساسية لا يمكن أن يعيش الانسان بدونها فتثبت لكل الأشخاص و هي ترتبط بالانسان مما يجردها من طابعها المالي فتعتبر حقوق غير مالية [هناك اتجاه قال بمالية هذه الحقوق لكنها غير مالية لأن أثارها فقط مالية حيث لا يجوز التنازل أو التصرف أو التعامل في هذه الحقوق] ويترتب على ارتباط هذه الحقوق بالشخص وانقضائها بوفاته فهي لا تنتقل للورثة.

وإستثناء يخلف الورثة مورثهم في سلطات حقه المعنوي مثل حق المؤلف و لايرد على هذه الحقوق التقادم المسقط و التقادم المكسب, كما أن هذه الحقوق لا تسقط عن صاحبها بعدم استعمالها .

02- الحقوق المدنية الخاصة :

وهي نوع من الحقوق المدنية تقررها و تحميها نصوص القانون الخاص , فهي قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد ولكنها تختلف من شخص لآخر , فمعيار التفرقة بين الحقوق العامة والخاصة هو أن الحقوق الخاصة تثبت للأشخاص بأقدار متفاوتة و يرجع هذا الإختلاف في الحقوق الخاصة من فرد لآخر حيث أنها تقوم أحينا على أسس عائلية و أحيانا تقوم على أسس الذمة المالية لكل فرد على حدى .

الحقوق العائلية : حقوق الأسرة

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في أسرة معينة لتنظيم علاقاته بأسرته كحق الزوج على الزوجة أن تطيعه وفي المقابل حق الزوجة على زوجها بتوفير وسائل العيش لها .

وحق الأب في تأديب ابنه وحق الابن على أبيه في الرعاية والنسب والنفقة فهذه الحقوق في أغلب الأحيان لا تثبت لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية ولكنها تسعي لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة , لهذا سميت بحقوق الأسرة , وتستهدف حماية قيم معنوية تسمو على الأمور المادية ولا تقبل أن تقوم بالمال أي خارجة عن دائرة التعامل , ولا تغير من طبيعة حقوق الأسرة لانها تؤدي لاكتساب حقوق مالية بطبيعتها ثابتة (غير مالية) أما اذا أدت لكسب مالي فهذا الأثر من أثارها .

الحقوق المالية :

وهي الحقوق التي تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال وتنتقل من صاحبها لغيره ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم و يمكن الحجز عليها وفاءا لديون صاحبه .

أولا : الحقوق العينية :

الحق العيني هو سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على شيء مادي (عقار أو منقول) , فيكون لصاحبه الحق في استعماله مباشرة دون الحاجة لتدخل شخص أخر يمكنه من استعمال حقه , فلا يوجد بوجود وسيط بين صاحب الحق والشيء محل الحق (عكس الحقوق الشخصية) التي يكون لشخص معين سلطة على شيء محدد ولكن سلطته على ذلك الشيء تكون غير مباشرة بمعنى أنه لابد من توسط شخص آخر و هو المدين بالحق , ويطلق على هذه الحقوق تسمية الحقوق العينية لانها متعلقة بالعين أو شيء مادي وعناصر الحق العيني هي :

- ✓ الشخص صاحب الحق .
- ✓ الشيء موضوع الحق .
- ✓ سلطة مباشرة لصاحب الحق على الشيء محل الحق .

وتنقسم الحقوق العينية لقسمين حقوق عينية أصلية و حقوق عينية تبعية . (أنظر الصفحة 03)

حقوق عينية أصلية	حقوق عينية تبعية :
هي حقوق عينية تقوم بذاتها دون الحاجة لوجود حق آخر تتبعه كحق الملكية .	لا تقوم مستقلة بذاتها , و إنما تستند في وجودها الى حق شخصي (كحق الدائنية) .

01- الحقوق العينية الأصلية :

وهي كما سبق القول حقوق لها وجودها المستقل , فهي لا تتعلق بأي حق آخر . و هي كالآتي :

- ➢ **حق الملكية :**

وهو من أهم و أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا و الحقوق العينية الأخرى هي فروع مشتقة منه و هو الحق الذي يخول أو يمنح لصاحبه سلطة كاملة على الشيء تمكنه من استعماله و استغلاله والتصرف فيه, فحق الملكية حق إذا يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء فالمالك ان يستعمل الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه فحق المليكة حق جامع إذا يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء .

الإستعمال : هو استخدام الشيء فيما أعد له باستثناء الثمار كالسكن.

الإستـــغـــلال : هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء فاستخدام منزل للسكن فهو استعمال له , أما تأجيرها فهو استغلالها لها .

الـتـــصـــرف : للمالك الحق في التصرف كالهدم مثلا وإما أن يكون التصرف قانوني كالبيع مثلا .

حـق المـلـكـيـة هو حق مؤبد و دائم بمعنى أنه يدوم بدوام الشيء .

في حالة اقترن عدم استعمال حق الملكية بحيازة الشيء من طرف الغير وتوافرت لهذا الغير شروط التقادم, الأصل أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد , ولكن يمكن أن تثبت ملكية شيء لعدة ملاك في نفس الوقت حيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية فالربع أو الثلث أو النصف أو ..... فيمتلكونها على الشيوع (كما هو الحال بالنسبة لحصص الورثة) .

ويرد على حق الملكية بعض القيود و منها أساسا ما نصت عليه المادة 690 من القانون المدني الجزائري .

تنص المادة 690 من ق-م-ج : « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة »

- **حـــق الإنـــتـــفـــاع :**

وهو حق عيني يشمل الإستـعـمـال و الإسـتـغـلال ويرد على الشيء المملوك للغير وبذلك يتجزء حق الملكية فيكون حق التصرف لشخص و تسمى ملكية الرقبة ويكون الاستغلال و الاستعمال لشخص آخر ويسمى حق الانتفاع وينتهي هذا الحق وينقضي بانتهاء الأجل المحدد له أو بموت المنتفع (المادة 852 من ق-م-ج) أو بهلاك الشيء محل الإنتفاع . (المادة 853 من ق-م-ج) كذلك ينتهي بعدم الاستعمال مدة 15 سنة وهذا ما نصت عليه (المادة 854 من ق-م-ج)ويلتزم المنتفع برد الشيء لصاحبه – مالك الرقبة– في نهاية مدة الانتفاع بها على أن يكون على الحالة الصالحة للانتفاع به يعني المحافظة عليه (المادة849 من ق-م-ج) ولايجوز للمالك أن يقوم بفعل من شأنه تعطيل حق الانتفاع أو الانتقاص منه .

- **حـــق الإسـتـعـمـال و حـق الـسـكـن :**

تنص المادة 855 من القانون المدني الجزائري على النحو التال :« نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق .»

فحق الاستعمال يخول لصاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته لذلك يسمى الإستعمال الشخصي أي استعمال الشيء في حدود ما يحتاجه هو وأسرته لخاصة أنفسهم .

أما حق السكن فهو نوع من أنواع الاستعمال , وهو عبارة عن حق استعمال الوارد على العقارات المبنية , فاذا كان لشخص حق استعمال منزل مملوك للغير فإن حقه يقتصر على السكن فقط وليس له حق في تأجيره .

- **حـق الإرتـــفـــاق :**

تعرف المادة رقم 867 من القانون المدني الجزائري الإرتفاق بأنه : « الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال. » يقصد به هو الحق الذي يتقرر قانونا تترتب عليه بناء مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة , أو هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمالك آخر فهو يحد من منفعة العقار الخادم أو المرتفق به لمصلحة العقار المخدوم أو المرتفق .

وقد يكون حق الارتفاق عملا ايجابيا يقوم به مالك العقار المرتفق للعقار المرتفق به كما في حالة الارتفاق للمرور أو المطل , وقد يكون عملا سلبيا أي يتحتم على مالك العقار المرتفق بع الامتناع عن القيام بأعمال معينة كان يحق له في الأصل القيام بها كما في حالة الارتفاق بعدم تعرية البناء لما يتجاوز حدا معينا .

شـروط حق الإرتفـاق :

- ✓ يجب أن تكون علاقة بين العقارات وحق الارتفاق لاينشأ إلا على العقارات .
- ✓ يجب أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

إنـتـهـاء الإرتـفـــاق :

- ✓ بإنقضاء الأجل المحدد له (المادة878 من ق–م–ج) ___ أنظر الإطار في الإسفل . ___
- ✓ بهلاك العقار المرتفق كليا (المادة878 من ق–م–ج)
- ✓ باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد (المادة878 من ق–م–ج)

المادة 878 من القانون المدني الجزائري : « تنتهي حقوق الإرتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الإرتفاق إذا زال اجتماع العقارين» .

02– الـحـقـوق الـعـيـنـيـة الـتـبـعـيـة :

يقصد بها تلك الحقوق التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر, ولا يتصور قيامها مستقلة كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية فالحقوق العينية التبعية هي التي تستند لحق شخص تكون تابعة له و الغاية منه ضمان الوفاء بالحق الشخصي فمثلا حق (أ) في إلزام حق (ب) بأن يدفع له مبلغ من المال قد يتبعه حق عيني تبعي إذا ما قدم (ب) رهنا الي (أ) لضمان الوفاء بهذا الدين والحق العيني التبعي يتبع الحق الشخصي الأصلي في مصيره فينقضي بانقضائه .

وقد وجد نظام الحقوق العينية التبعية لأن الدائن مهدد بأمرين :

1– إما تصرف المدين في أمواله فلا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه .

2- أو تعاقد المدين على ديون جديدة يزاحم أصحابها الدائن القيم و منها تصبح أموال المدين جميعها ضامنة وفاء بديونه (المادة188 من ق-م-ج) والدائنون في هذه الحالة يكونون متساويين (غرماء) ولا يمكن الاحتجاج بالقدم (تاريخ نشوء الدين) وبالتالي في حالة عدم وفاء المدين بديونه قسمت بين الدائنيين قسمة غرماء أي كل واحد منهم يستوفي حقه بنسبة قيمة دينه .

فالدائن حريص على حقه يطلب من مدينه ضمانا خاصا ويتحقق ذلك بتخصيص مال مملوك للمدين أو لغيره ضمانا للوفاء بالدين ومنه يكتسب حق الأفضلية عند التفيذ وله أن يتبع المال المخصص له في أي يد كان والتنفيذ عليه .

- **الرهن الرسمي :**

عرفت المادة 882 من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي بأنه :

المادة 882 من القانون المدني الجزائري : « الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا،على عقار لوفاء دينه،يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان». فهو حق عيني تبعي يترتب على عقار معين مملوك للراهن (المدين) ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن , مع البقاء هذا العقار في حيازة الراهن (المدين) , ويمكن للدائن المرتهن تتبع العقار في أي يد كان لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين التاليين .

وكقاعدة عامة لا يرد الرهن الرسمي إلا على عقارات وهذا ما نصت عليه المادة 01/886 من ق-م-ج والتي تنص كالاتي : « لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ».

واستثناء يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات التي يمكن شهرها كالسفينة .

وقد يكون العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه أو مملوكا للغير, إذا تنص المادة 01/884 : «يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ». كفيل عيني ويسمى الشخص الآخر بالكفيل العيني .

ويعتبر حق الدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن العقار بالأفضلية هو جوهر الرهن الرسمي, ويقصد بحق الأفضلية حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الدائنين العاديين, والدائنين المرتهنين , وتحدد مرتبة الدائن بالدائن الذي قيد حقه الأول . ويجب أن يوثق الرهن الرسمي في عقد رسمي وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا

إذا تصرف الراهن في العقار وانتقلت ملكيته للمتصرف اليه فالدائن المرتهن يباشر حقه في مواجهة هذا الشخص ويعتبر التنفيذ في مواجهة المتصرف اليه تتبعا (حق التتبع) .

- **الرهن الحيازي :**

نص عليه المشرع في (المادة948 من ق–م–ج) وهو حق عيني تبعي ينشيء للدائن المرتهن بموجب الاتفاق على عقار أو منقول للوفاء بحقه (المادة949 من ق–م–ج) ويتقرر على مال مملوك لمدينه أو لغيره (غير المدين) ويسمى الغير الذي يقدم ماله رهنا لدين غيره بالكفيل العيني ويخول الرهن حق الحبس والتقدم , ويتميز الرهن أساسا بانتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن أو الى شخص ثالث يرتضيه الدائن والمدين (عكس الرهن الرسمي الذي تبقي الحيازة فيه للراهن). أي أن الرهن الحيازي يلزم الراهن بأن يسلم العقار أو المنقول المرهون الى الدائن المرتهن أو لشخص آخر (المادة951 من ق–م–ج) وللمرتهن رهنا حيازيا حق الحبس على الشيء المرهون حتى يستوفي دينه بتمامه (المادة962 من ق–م–ج) فإذا وفي المدين بالدين وجب على الدائن رد الشيء المرهون للدمين أو المالك (المادة959 من ق–م–ج) .

ولما كانت حيازة الشيء المرهون تنتقل للمرتهن وتبقي عنده الى حين استيفاء حقه فيجب عليه أن يحافظ عليه ويقوم بصيانته ويكون مسؤلا عن هلاك الشيء إذا كان هذا الهلاك ناتجت عن تقصير منه (المادة955 من ق–م–ج).

وللمرتهن إدارة الشيء المرهون واستثماره ويكون الانتفاع بالشيء بحساب الراهن وما يكسبه من ثمار الشيء يخصم من مبلغ الدين .

وللدائن المرتهن أن يتقاضي حقه من ثمن الشيء المرهون بالأفضلية وتتحد الأولوية في رهن الحيازة العقاري من تاريخ قيده (المادة966 من ق–م–ج) مثله مثل الرهن الرسمي أما الرهن الحيازي في المنقول فتحسب المرتبة من تاريخ عقد الرهن (المادة969 من ق–م–ج).

- **حـــق الـــتـــخـصـيـص :**

حق عيني تبعي ,يتقرر ضمانا للوفاء بحق الدائن يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين (المادة904 من ق–م–ج), بمقتضي حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين . حكم يثبت الدين وواجب النفاذ أي (استنفاذ طرق الطعن العادية أو مشمول بالنفاذ المعجل) ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنيين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون (حق التقدم وحق التتبع) ويتقرر حق التخصيص بحكم من رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار المملوك للمدين بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص (المادة949 من ق–م–ج).

- **حـــق الإمـــتـــيـــاز :**

عرفت المادة 982 من القانون المدني الجزائري حق الامتياز بـ :

(المادة982 من ق–م–ج): « أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ». جوهر حق الامتياز هو حق الأولوية للدائن

هو حق عيني تبعي يقرره القانون للدائن على مال أو أكثر للمدين ضمانا للوفاء بحق الدائن ومراعاة من القانون لصفة هذا الدين, ومصدره المباشر هو القانون وإقرار المشرع لهذه الأولوية بالنظر لصفة معينة بالحق المضمون تميله

أحيانا المصلحة العامة مثل: امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العمومية , وأحيانا لاعتبارات اجتماعية كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرر للإجراء ضمانا بحقوقهم من قبل رب العمل , وقد ترد حقوق الامتياز على جميع أموال المدين وتسمى بحقوق الامتيازات العامة (المادة984 من ق–م–ج) كامتياز إجراء ضمانا لحقوقهم , وقد ترد حقوق الامتياز على مال معين(عقار أو منقول معين من أموال المدين) وتسمى: بالامتيازات الخاصة (المادة984 من ق–م–ج) مثل امتيازات الخاصة الواردة على المنقول امتياز صاحب الفندق على المنقولات المملوكة للنزيل . (المادة986 من ق–م–ج): « المبالغ المستحقة لصاحب الفندق بذمة النزيل عن أجرة الاقامة يكون له امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل الى الفندق أو ملحقاته ».

ثانيا : الحق الشخصي

يعرفه الفقهاء بانه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها حق لاحدهما ان يلزم الاخر بان يؤدي له عملا او يمتنع لصالحه عن اداء عمل أو هو سلطة يقررها القانون لشخص يسمى الدائن قبل شخص اخر يسمى المدين تمكنه من الزامية باداء عمل او الامتناع عن عمل تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن و لا يكون لصاحب الحق بل يكون اتصاله عن طريق شخص اخر هو المدين (سلطة غير مباشرة على الشيئ محل الحق)و بهذا يختلف عن الحق العيني .ومن هذا نستنتج ان الحق من ناحية الدائن يعتبر حقا و التزاما من طرف المدين لهذا تكون العلاقة دائمة في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت اشخاص طبيعية او اشخاص اعتبارية بخلاف العلاقة في الحقوق العينية فهي تقوم بين شخصية طبيعية و الشيئ محل الحق و بالتالي فالحق الشخصي يقوم على :

طرفا الحق: الدائن صاحب الحق و المدين الملتزم به

محل الحق: وهو إما يكون بالقيام بعمل او الامتناع عنه.الالتزام بقيام بعمل اي هو عمل ايجابي مثل قيام المقاول بإقامة البناء لمصلحة الدائن.

أما الحق الشخصي الذي يكون محله امتناع عن عمل فمثلا ان يلتزم احد الرياضيين بعدم القيام بمباريات لحساب اي نادي رياضي خلاف النادي الذي تعاقد معه .او التزام التاجر بعدم منافسة او الامتناع عن منافسة من باع له المحل.

و الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها بحسب موضوعها و لكن تحصر بحسب المصدر الذي تنشأ بمقتضاه فقد يكون مصدرها العقد مثل حق البائع في الثمن او الارادة المنفردة كالوعد بالجائزة .في حالة من يوجه وعد للجمهور بجائزة يمنحها لمن يقوم بعمل معين فإنه ملزم بإعطائها لمن قام بهذا العمل (المادة 115ق.م.ج) المادة 115 من القانون المدني الجزائري : ألغيت بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 25) حررت في ظل الأمر رقم 58–75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 : "« من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم باعطائها لمن قام بالعمل , ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين

الواعد أجلا لانجاز العمل , جاز له الرجوع في وعده باعلان الجمهور على الأيؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور ».

. أو الفعل الظاهر (124ق.م.ج) المـــادة 124 من القانون المدني الجزائري : عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية 44 ص 23) ""« كـل فعـل أيـا كـان يـرتـكـبـه الـشـخـص بـخـطـئـه , ويـسـبـب ضررا للـغـيـر يـلـزم مـن كـان سـبـبـا فـي حـدوثـه بالـتـعـويـض "».

او الاثراء بلا سبب المادة (141ق.م.ج) المـــادة 141 من القانون المدني الجزائري : « " كـل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء "».

كإلتزام المثري برد ما اثري به الغير بسبب او الفضالة بعمل الفضولي و مثاله إذا رأى شخص جدار يوشك ان يسقط فأقامه فيلزم صاحب الجدار بأن يرد للفضولي ما أنفقه لإقامة الجدار.

محاولات الادماج بين الحق الشخصي و الحق العيني:

المـذهـب الـشـخـصـي:	المـذهـب الـمـادي :

بقيادة الفقيه بلانيول و يرى أصحاب هذا المذهب في التقريب بين الحق العيني و الشخصي أن كلاهما من طبيعة واحدة فكل منهما يتضمن رابطة بين الاشخاص و إن كانت الرابطةاقل وضوحا في الحق العيني لانه يتضمن رابطة بين صاحب الحق و الكافة لانهم ملزمون بعدم التعرض له و سلم اصحاب هذا المذهب بوجود فوارق بين الحقين و لكن يدون بأنها فوارق ثانوية. النـقــد : نجد ان الحق العيني يمكن لصاحبه من سلطة على الشيئ (محل الحق) اما موضوع الحق الشخصي القيام بعمل او الامتناع عنه فهذا فارق جوهري لا يمكن تجاوزه	ظهر في المانيا و ينادي انصاره بادماج الحق الشخصي في الحق العيني و ذلك بالتقليل من اهمية العلاقة الشخصية في الحق و تغليب موضوعه او محله و إعتباره العنصر الاساسي في الالزام فينظر للحق بوصفه قيمة مالية مستقلة عن طرفي الحق (محل الحق الشخصي هو القيمة المالية و هي التي تهم الدائن و ما المدين إلا الواسطة التي يستطيع عن طرقها الحصول على هذه القيمة المالية) فبتجريد القيمة المالية في الحق الشخصي عن الشخص الدائن و المدين يقترب الحق الشخصي من العيني. النـقــد : يبقى هذا الاتجاه محل نقد على اساس ان الفارق بين الحقين يبقى دائما قائم.

مقـــانـــة بـــيـــن الـــحـــق الـــشـــخـــصـــي و الـــحـــق الـــعـــيـــنـــي :

الـــحـــق الـــشـــخـــصـــي	الـــحـــق الـــعـــيـــنـــي
الحق الشخصي سلطة غير مباشرة للدائن او استئثار	الحق العيني فهو استئثار مباشر بشيئ يمكن صاحب

غير مباشر فلا يمكن لصاحب الحق الحصول عليه الا بتدخل او بواسطة المدين	الحق من الحصول على المزايا التي يمنحها له حقه دون واسطة
الحقوق الشخصية ليست محصورة و للأفراد أن ينشؤوا منها ما شاؤوا شرط عدم مخالفة النظام العام	الحقوق العينية فهي واردة في القانون على سبيل الحصر
الحق الشخصي مؤقت و يستحيل أن يكون مؤبدا مثلا فلا يصح أن يلتزم خادم بالخدمة طوال حياته	الحق العيني فالاصل انه مؤبد لانه يرد على شيئ و يدوم بدوام هذا الشيئ,بإستثناء الحقوق العينية التبعية فهي مؤقتة لأنها تضمن الوفاء بالحقوق الشخصية.
اصحاب الحقوق الشخصية متساوون في إستيفاء حقوقهم من أموال المدين	صاحب الحق العيني فإنه يتمتع بحق التقدم و حق التتبع لان حقه يرد على شيئ معين.
الحق الشخصي فلا يكتسب بالتقادم و لأن موضعه هو عمل او الامتناع عن أي أنه لا يرد على شيئ مادي فالحق الشخصي لا يقبل الحيازة و بالتالي لا يكتسب بالتقادم و بالمقابل يسقط بالتقادم المسقط	الحق العيني يكتسب بالتقادم المكسب لأن اساس التقادم المكسب هو الحيازة و الحيازة محلها الاشياء المادية

ثالثا : الحقوق المعنوية (الذهنية)

لا تندرج هذه الحقوق ضمن الحقوق الشخصية و لا ضمن الحقوق العينية لأنها ترد على شيئ غير مادي فمحلها شيئ معنوي و يمكن تعريف الحق العيني على أنه :"سلطة أو قدرة يقرها القانون و يحميها الشخص على إنتاجه الفكري و الذهني و البدني فيكون له الاعتبار بنسبة الانتاج إليه و يحتكر المنفعة المالية التي تتبع من الاستغلال", و لهذا فإن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي و اخر مالي و تنقسم لطائفتين :

1- حق الملكية الصناعية .

2- حق الملكية الأدبية و الفنية .

1- حق الملكية الصناعية :

و هدف هذا الحق هو حماية رجال الصناعة و التجارة و المخترعين و يتضمن ما يلي :

- براءة الإختراع: وهي شهادة رسمية تمنح للمخترع عن إبتكار جديد قابل للإستغلال الصناعي حيث يستأثر به وحده .

- **الرسوم و نماذج صناعية:** نصت المادة الاولى من الامر المتعلق بالرسوم و النماذج"يعتبر رسم كل تركيب خطوط أو ألوان بقصد إعطاء مظهر خاص بشيئ صناعي أو خاص بصناعة تقليدية" و يعتبر نموذجا لكل شيئ قابل للتشكيل مركب بألولن او بدونها أو كل شيئ خاص بالصناعة التقليدية, يمكن إستعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى و لصاحب الرسم أو النموذج حق الاستغلال و التصرف.
- **العلامة التجارية أو الصناعية:** في كل رمز أو إشارة يستخدمها الشخص لتمييز صناعته و خدمته عن غيرها , و يجوز لصاحب العلامة التصرف فيها لذا لها بعد مالي.
- **الإسم التجاري:** هو الاسم الذي يطلقه التاجر على منشاته التجارية أو الصناعية و قد يكون اسم الشخص المالك للمحل التجاري أو قد يكون اسما مبتكرا (اسم رمز) حيث يتم تمييزه عن بقية المحلات التجارية وهو وجوبي لان القانون يلزم التاجر ان يكزن له اسم تجاري و لا يجوز التصرف فيه و هو عنصر من عناصر المحل التجاري.
- **العنوان التجاري:** هو التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات التجارية و يختلف عن الاسم التجاري, إذ التاجر غير ملزم بإتخاذ الاسم التجاري كما أن العنوان التجاري لا يستمد من الإسم الشخصي للتاجر.

2- حـــق الـمـلـــكـــيـــة الأدبـيـــــة و الـــفـــنـــيـــة :

و هي الحق الذي بكتسبه المؤلف على إنتاجه الفكري سواء كان فنيا او ادبيا و المؤلف هو كل شخص ينتج إنتاجا ضمنيا او فكريا أيا كان نوعه و أيا كانت وسيلة التعبير عنه و يعتبر حق المؤلف من نوع خاص و له طبيعة قانونية مزدوجة, أي جانبين :

- **جانب معنوي أدبي:** يتمثل في نسبة المؤلف إليه و أن يكون هو وحده الذي يقرر نشره من عدمه و أن يحدد تاريخ نشره أو أن يسحب مؤلفه من التداول و ترجمته , و الحق الادبي غير قادر للتعامل و لا يمكن التصرف فيه و لا يجوز الحجز عليه و لا يسقط بالتقادم.
- **جانب مادي مالي:** يتمثل في إستفادة صاحبه ماليا من المصنف عن طريق إستغلاله و الحق في الاستفادة ماديا من نشر مؤلفه و ترجمته.

أركـــــان الـــــحق

إن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له و قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا (أطراف الحق) و أيضا هناك محل الحق الذي يختلف من الحق العيني إلى الحق الشخصي إضافة إلى وجود مصدر لهذا الحق.

أولا : أطـراف الـحـــق

الشخص ركن أساسي في الحق و كمثال في الحقوق الشخصية يوجد شخصان أحدهما صاحب الحق و الاخر ملتزم به فالشخص قانونا هو من يكون صالحا لان يصير صاحب الحق و أن يتحمل الالتزام و تلك هي الشخصية القانونية , و اليوم لا تقتصر الشخصية القانونية في الانسان على الشخص الطبيعي بل تمتد للأشخاص الاعتبارية و الاموال.

الشخص الطبيعي: هو الانسان و تبدأ الشخصية القانونية له بولادته حيا و تنتهي بموته, فالولادة و الوفاة قاعدتان قانونيتان هامتان.

➢ **بداية الشخصية الطبيعية :**

عرفت المادة 25 /01 من القانون المدني بداية الشخصية القانونية بتمام ولادته حيا و يقصد بالميلاد إنفصال المولود عن أمه إنفصالا تاما و يشترط ببدأ الشخصية القانونية و لادة الطفل حيا و لو للحظة قليلة و يمكن التعرف على حباة المولود بالصراخ و التنفس و نجد تشريعات اخرى و منها القانون الفرنسي يستلزم لثبوت الشخصية للانسان فضلا عن ولادته حيا أن يكون قابلا للحياة , و يمكن إثبات قابلية الحياة بمكافة طرق الإثبات , و يجب إثبات واقعة الميلاد في السجلات الرسمية فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت له ما يدعيه بكافة طرق الاثبات , أما إذا ولد الطفل ميتا فلا تثبت له الشخصية القانونية.

و تطبيقا لما تقدم لا تثبت الشخصية القانونية للجنين و مع ذلك فالقانون يعترف ببعض الحقوق .الحمل(الجنين في بطن أمه) يشترط ولادته حيا و هذا ما نصت عليه المادة 02/25 فله الحق شرعا في ثبوت نسبه و هي من الحقوق المدنية العائلية إذا كان زواجه شرعيا أو إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

و يثبت للحمل حق في الهبة , المادة 209 قانون الاسرة, ومن البديهي أنه بولادة الجنين حيا تثبت له جميع الحقوق بإعتباره يتمتع بشخصية قانونية محدودة أما إذا ولد ميتا تزول عنه هذه الشخصية الناقصة بأثر رجعي.

➢ **ب– إنتهاء الشخصية الطبيعية:** تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة الطبيعية أو الحكمية.

–الوفاة الطبيعية: إذا مات الانسان إنتهت شخصيته القانونية و يجب إثبات واقعة الوفاة عن طريق السجلات المعتمدة لهذا الغرض(المادة 26ق.م.ج.) و يمكن تعريف الوفاة بتوقف القلب و الرئتين توقفا دائما و تاما و تنقضي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة و تنتقل الحقوق المالية للورثة الشرعيين و ذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا للقاعدة الفقهية "لا تركة إلا بعد سداد الديون"

2–الوفاة الحكمية:

تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي , وهو ليس بموت طبيعي و لكن موت تقرره المحكمة بأحوال معينة و يسبق الحكم بالوفاة حكم اخر هو الحكم بالفقدان.

أ-الحكم بالفقدان: يصدر الحكم بشأن كل من الغائب و المفقود

أ-1-الغائب: هو شخص غير حاضر في محل إقامته و ليس له موقف معلوم.أو الشخص الذي تنقطع إقامته كالمهاجر إلى دولة أخرى للعمل او للدراسة او المسجون لمدة طويلة(20سنة)

و للغائب مركز قانوني خاص , فعين له مقدم بقرار قضائي لمباشرة حقوقه وإلتزاماته فترة غيابه, ذلك لان شخصيته قائمة لم تنتهي بعد, كما عرفت المادة 110 قانون الاسرة الغائب بأنه:"الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة , مدة سنة , و تتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود إلا بعد مرور سنة من الغياب"

أ-2-المفقود: هو الشخص الذي غاب فترة طويلة و إنقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا, لهذا تلجأ التشريعات إلى إعتبار المفقود ميتا متى توافرت شروط معينة. و عرفته المادة 109 قانون الاسرة :"المفقود هو الشخص الغائب الذي لايعرف مكانه أحد ولا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم بالفقدان يصدر بشأنه".

- **الاثارالتي تترتب على الحكم بالفقدان:**

إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا بالنسبة لأمواله و زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته . بالنسبة لأمواله لا تقسم بين الورثة , و يحق له الميراث و هذا بنص المادة 111 قانون الاسرة على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر مال المفقود و أن يعين بحكمه مقدمة من الاقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما إستحقه من ميراث أو تبرع.فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة و ليس من تاريخ الحكم بالفقدان , فالمفقود يرث المال قبل الحكم بوفاته.

بالنسبة لزوجته تبقى على ذمة المفقود لأنه يعتبر حيا المادة5/53 , غير أنه يمكن لها طلب الطلاق حسب المادة 112 قانون الاسرة.

ب-الحكم بالوفاة: تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص يحكم القاضي بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة(114 قانون الأسرة).

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يغلب فيها الهلاك كمن يفقد أثناء الحرب أو كارثة أو حادثة قطار أو طائرة ولم يعثر على جثته , فهنا يحكم القاضي بإعتبار المفقود ميتا بعد مضي أربع سنوات (113ق.أ.ج) على الفقدان.

الحالة الثانية: وهي التي لا يغلب فيها الهلاك كمن سافر لطلب العلم أو العمل ثم إنقطعت أخباره و لا يعلم أحد بمصيره فيكون هنا سلطة تقديرية للقاضي لتحديد المدة المطلوبة للحكم بالوفاة و يجب أن لا تقل عن أربع سنوات.

وإذا حكم القاضي بإعتبار المفقود ميتا يعتبر من تاريخ هذا الحكم موته و كأنه حقيقيا ,و تعتد زوجته عدة الوفاة وهي أربع أشهر و 10 أيام من تاريخ صدور الحكم (02/59 قانون الأسرة).

وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالوفاة فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط إستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث المادة 128 قانون الأسرة.

- ظهور المفقود حياً بعد صدور الحكم بوفاته أو عدته :

إذا عاد المفقود حياً بعد صدور الحكم بوفاته أعتبر موته الحكمي كأنه لم يكن .

وبالنسبة لأمواله ترد اليه ما تبقي من أمواله عينا أو يسترجع قيمة ما بيع منها المادة 115 من قانون الأسرة أما الأموال التي يكون الورثة قد تصرفو فيها لا يسألون عنها لأن تصرفهم كان بحسن نية .

بالنسبة لزوجته فلم يضع المشرع حكماً لها فإنها تعود اليه الإ إذا كانت قد تزوجت بغيره وهنا نفرق إذا كانت تزوجت بغيره وكان الزوج الجديد حسن النية (لا يعلم بحياة المفقود) فتبقى الزوجة للزوج الجديد أما إذا كان الزوج الجديد يعلم بحياة المفقود فإنها تعود للزوج الأول تأسيسا على سوء نية الزوج الجديد .

➢ مميزات الشخصية الطبيعية

يكتسب الشخص الطبيعي الشخصية القانونية بمجرد ولادته, وتثبت له العناصر المكونة لشخصية القانونية والتي تميز كل فرد عن غيره من أفراد المجتمع وهذه المميزات هي :

1 – الإسم

2– الحالة

3– الأهلية

4– الذمة المالية

5– الموطن .

➢ أولا – االإسم : لكل شخص طبيعي إسم يميزه عن غيره و للإسم معنيان إسم شخصي و هو ما يتعين به الإنسان تعينا خاصا .

اللقب و هو إسم العائلة و لقب الشخص يلحق بأبنائه .

تنص المادة 28–01 ق,م,ج " يجب أن يكون لكل شخص لقب و إسم فأكثر ,و لقب الشخص يلحق بأولاده" .

و هناك أسماء أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة منها اسم الشهرة و هو الإسم المستعار , و هو نوع من أسماء الشهرة يطلقه الشخص على نفسه لإخفاء شخصيته , مع ملاحظة ان اسم الشهرة و الاسم المستعار لهما صفة فردية مقصورة على أصحابه فلا يكسبه لأولاده.

و الاسم التجاري هو إستخدام التاجر إسما يمارس به تجارته و هو عنصر من عناصر المحل التجاري و قابل للتصرف فيه .

كيفية إكتساب الاسم العائلي : يتم ذلك :

1- النسب :

يختار ضابط الحالة المدنية اسم للقيط المولود لشخصين مجهولين .

ملاحظة :

عند الدول الأوروبية عند الزواج تكتسب الزوجة الإسم العائلي للزوج , و لكن الحال يختلف في الدول العربية حيث لا ينص القانون على ذلك و لكن جرى العرف على جواز استخدام المرأة للقب زوجها .

كيفية إكتساب الإسم الشخصي :

أما فيما يخص الاسم الشخصي فإنه يختار للشخص عادة من طرف أبويه و يجب أن يكون الاسم من الأسماء الجزائرية بإستثناء الأولاد المولودين من أبوين أجنبيين .

ملاحظة :

يجوز للشخص تغيير اسمه و لقبه و فقا لإجراءات معينة و لا بد أن يقرر ذلك لسبب معروف

يترتب على كون الاسم حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية بأنه لا يجوز للشخص التصرف فيه , لا يسقط بعدم الإستعمال , و لا يكتسب بالتقادم .

حماية الاسم يحظى الاسم بحماية قانونية قررها المشرع و يكون في حالتين :

- إنتحال للاسم دون مبرر .
- منازعة الغير في استعمال الاسم .

فإذا انتحل احد اسما دون حق أو نازع أحدا فيه كان لصاحب الاسم أن يطلب وقف الإعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر , مادة 48 ق,م,ج .

و إنتحال الاسم هو أن يتسمى شخص بإسم شخص اخر دون أن يكون له هذا الاسم في الاصل .

و المنازعة في الاسم هو أن يدعي شخص إنتفاء حق الشخص الاخر في أن يسمى بهذا الاسم .

الطبيعة القانونية للاسم :

إختلفت الاراء في ذلك حيث راى بعض الفقهاء أن للشخص حق ملكية على اسمه و أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في 25-10-1911 .

غير أن أغلب الفقهاء ينتقدون هذا الرأي بأن حق الملكية لا يقع إلا على شيئ قابل للتقويم (التعامل المالي) و يجوز التنازل عنه و التصرف فيه للغير , و الاسم يفتقد لهذه السمات

و ذهب رأي آخر بأن إتخاذ شخص لاسم ما هو إلا مجرد نظام إداري إقتضته الدولة منعا للخلط بين الأفراد .

و ذهب رأي اخر بأن الاسم ماهو إلا حق من حقوق الأسرة , و انتقد هذا الرأي على أساس أن اللقيط هو مجهول الأبوين يتمتعان بإسم رغم عدم إنتمائهما لأسرة .

و هناك من رأى أن الاسم حق وواجب في نفس الوقت فهو ذو طبيعة مزدوجة .

- **ثانيا – الحالة :**

البعض يعبر عنها بالحالة و البعض يعبر عنها بالحالة الشخصية للإنسان و يقصد بها الحالة المدنية للشخص من حيث علاقته بأسرته (الحالة العائلية) و علاقته بدولته (الحالة السياسية) و إرتباطه بعقيدته (الحالة الدينية) .

1– الحالة الدينية :

يترتب عادة على إنتماء الشخص إلى أسرة معينة إعتناقه دين هذه الأسرة و ليس للدين في الدول الأوروبية من أثر بالنسبة لحياة الشخص من الناحية القانونية , إذ أن القانون الوضعي يطبق على الجميع دون تفرقة بينهم على أساس الدين , و لكن في بعض الدول الإسلامية و منها الجزائر يكون للدين أثر على الأحوال الشخصية (الزواج , الطلاق , ...)

2 – الحالة السياسية :

من عناصر حالة الإنسان رابطة إنتمائه لدولة معينة و هي ما يعبر عنها برابطة الجنسية , و الجنسية رابطة قانونية بين الشخص و دولة معينة بمقتضاها يعتبر أحد أفرادها و يترتب على حمل الفرد لجنسية الدولة أن يتمتع بالحقوق السياسية و أن يتمتع بالواجبات الوطنية .

و تثبت الجنسية الأصلية إما بحق الدم أو بحق الأقليم أو بالحقين معا , و يقصد بحق الدم أن يحمل الإبن دائما جنسية والديه أو أحدهما (أصوله) سواء ولد الإبن في الوطن أو خارج الوطن . (المادة 06 قانون الجنسية أمر 07–86) . الولد المولود من أب جزائري , الولد المولود لأم جزائرية , و يقصد بحق الإقليم أن تثبت الجنسية لكل من يولد على إقليم الدولة بناء على نصوص قوانينها بغض النظر عن جنسية والديه .

إذا ثبتت الجنسية منذ الولادة تكون جنسية أصلية أما إذا إكتسبها بعد الميلاد فتكون جنسية مكتسبة (بطريق التجنس أي إقامة لمدة معينة في دولة معينة) .

قد لا تكون للشخص أي جنسية مثل التجريد من الجنسية أو عدم إكتساب الجنسية و قد تكون للشخص عدة جنسيات .

اثار الجنسية :

إن الحقوق السياسية تقتصر على المواطنين كحق الإنتخاب و تولي الوفاق عامة و له واجبات مثل : اداء الخدمة الوطنية , و الدفاع عن الوطن .

3 – الحالة العائلية :

القرابة نوعان قرابة مصاهرة و قرابة نسب :

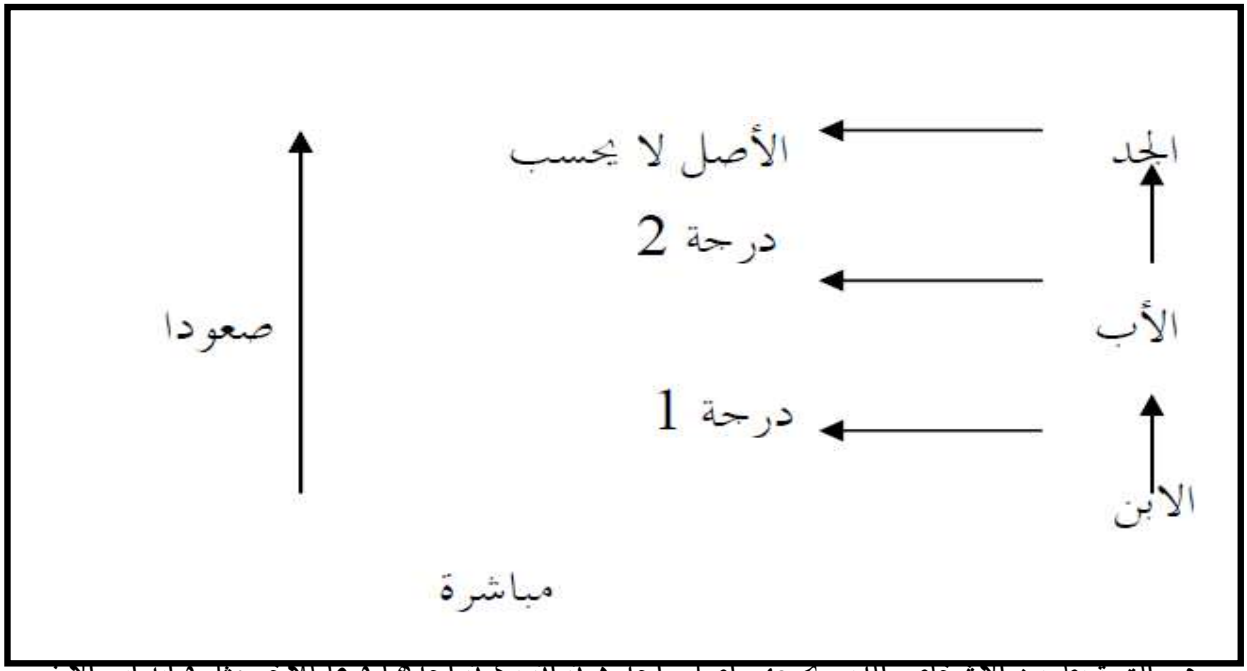
1– قرابة نسب :

تنص المادة 32 قانون مدني على أن : " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه , و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد " .

و قرابة النسب تتكون إما من قرابة مباشرة أو قرابة حواشي .

أ– القرابة المباشرة :

و تربط الأصول بالفروع و قد نصت المادة 33–01 قانون مدني : " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول و الفروع " و يراعى في الحسبان درجة القرابة بإعتبار كل فرع درجة صعودا مع عدم إحتساب الأصل , فالإبن يعتبر قريب من الدرجة الأولى لأبيه و إبن الإبن قريب للجد من الدرجة الثانية .



و هي التي تربط بين الاشخاص الذين يجمعهم اصل واحد دون ان يكون احدهما فرعا للاخر مثل قرابة إبن الاخ الشقيق للعم ...

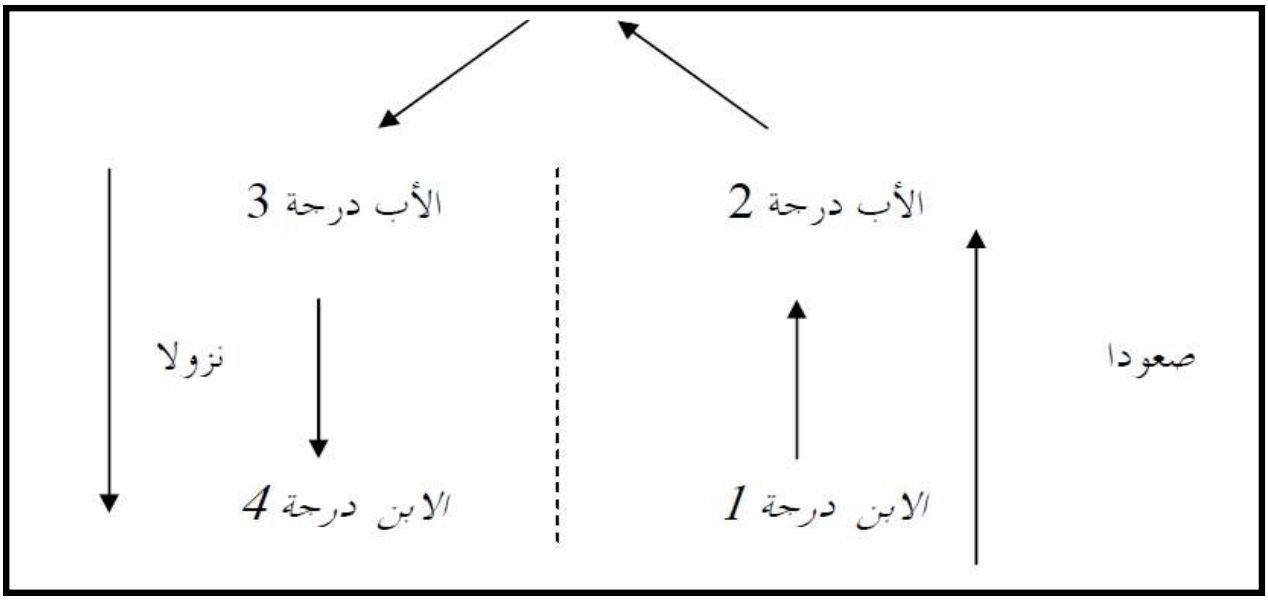
تنص المادة 33–02 : " قرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون ان يكون أحدهم فرعا للأخر " . و لقد بينت المادة 34–01 قانون مدني كيفية حساب درجة القرابة إذ نصت على أنه : " يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة ,

إعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل , و عند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الاخر , و كل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة " .

مثال :

قرابة إبن العم لإبن عمه قرابة حواشي من الدرجة الرابعة .

(أصل مشترك لا يحسب)



2- قرابة المصاهرة :

القرابة الناشئة من الزواج هي القرابة الزوجية بين الزوجين , و هي الصلة التي تربط احد الزوجين و أقارب الزوج الأخر , و يعتبر أقارب أحد الزوجين بنفس القرابة و الدرجة للزوج الاخر .

مثال :

فأب الزوجة يعتبر قريب الزوج من الدرجة الأولى قرابة مصاهرة .

و إبن عمها قريب مصاهرة من الدرجة الرابعة , و يلاحظ أن قرابة المصاهرة تقوم بين الزوج نفسه و افراد أسرة الزوجة , فلا تقوم بين أفراد أسرة الزوج و افراد أسرة الزوج الاخر .

ب- اثار صلة القرابة :

للقرابة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة أو مصاهرة اثار قانونية .

1- من حيث الإرث :

يترتب على القرابة أن الافراد يتوارثون فيما بينهم مباشرة أو غير مباشرة أما المصاهرة فلا يترتب عليها أي إرث.

2- من حيث عدم إتخاذ الإجراءات الجزائية :

لا يجوز إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب قرابة مباشرة و الحواشي و التي تجمع بينهم قرابة المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى يقدمها المتضرر , و إذا تنازل هذا الأخير عن شكواه يوضع حدا لهذه الإجراءات . 369 قانون العقوبات .

- **3- من حيث رد القاضي :**

يجوز رد القاضي إذا وجدت بينه أو بين زوجه و بين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم قرابة حتى الدرجة الرابعة .

- **ثالثا – الأهلية**

للشخص أهليتين يكتسب الأولى و هي أهلية وجوب بمجرد الميلاد و هي صلاحيته لكسب الحقوق و تحمل الإلتزامات , و أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق و هي صلاحيته مباشرة التصرف القانوني الذي بنشأته يكسبه الحق و يحمله الإلتزام , و هي تمر بمراحل معينة كما ترتبط بعدم إصابة الشخص بعائق .

1 – أهلية الوجوب :

يمكن تعريفها بأنها : " صلاحية الشخص في إكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و هي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته , و هي تثبت للجنين في بطن أمه و لكنها ناقصة , لإقتصارها على بعض الحقوق دون الأخرى مثل الإرث و الوصية و بعد الولادة تثبت للشخص أهلية و جوب كاملة فهي مرتبطة بالشخص القانوني , فيكون له أن يكتسب كل الحقوق و يتحمل كل الإلتزامات كقاعدة عامة إستثناء لما منعه القانون بنص خاص فتكون له أهلية وجوب ناقصة في إكتساب بعض الحقوق .

مثال :

تنص المادة 402 التي لا تجيز للقضاة و الموثقين شراء الحقوق المتنازع عليها , إذا كان النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم .

فأهلية الوجوب مناطها الحياة ,فكل إنسان حي تكون له أهلية وجوب كاملة .

2 – أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه , التصرفات القانونية كأهلية الشخص بأن يبيع ماله أو يرهنه أو يؤجره فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني .

و أهلية الأداء تفترض أهلية الوجوب الإبتدائي , و هي تتوفر لكل شخص لديه قدر من التمييز و الإدراك , يجعله قادرا عن التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا للأثر القانوني فمناطها التمييز و الإدراك و حرية الإرادة .

و مجال أهلية الأداء هو إبرام التصرفات القانونية سواء كانت تبادلية كالبيع و الإيجار أو التصرفات بإرادة منفردة كالتبرع و الوصية لأن هذه التصرفات جميعها و قوامها إرادة الإنسان و تتدرج الأهلية من إنعدام إلى نقص إلى كمالة .

أ – إنعدام الأهلية : (الصبي غير المميز)

كل شخص دون 13 سنة يعتبر غير مميز أو فاقد التمييز , و لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية بنفسه لصغر سنه , فهو عديم أهلية الأداء , و لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف حتى و لو كان نافعا له نفعا محضا , و هذا ما

نصت عليه المادة 42 مدني : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر سنه ..." فكل العقود التي يبرمها تكون باطلة بطلانا مطلقا .

ب – نقصان الأهلية : (ناقص أهلية الأداء)

كل شخص بلغ 13 من عمره و لم يبلغ 19 من عمره يعتبر مميزا , و تنص المادة 43 من قانون المدني : " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " .

– إن الصبي غير المميز لا يباشر حقوقه و إلا كانت تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا و إنما يباشرها عنه الولي أو الصبي أو القيم .

– اما الصبي المميز (13 – 19) سنة فيعتبر ناقص الأهلية و تخضع تصرفاته لقاعدة مؤداها :

يستطيع نا قص الأهلية مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة أو الوصية

و يمتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضررا محضا , كالتبرع و الهبة أو الوصية الصادرة منه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا .

أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع و الإيجار فتكون قابلة الإبطال لمصلحة ناقص الأهلية .

و يلاحظ أن القاصر قد يرشد للقيام ببعض التصرفات فتكون تصرفاته هذه صحيحة و تنص المادة 38–02 على ما يلي : " ... و مع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر سنة و من هو في حكمه موطنا خاصا بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " (التصرفات في حدود ضيقة) , و يجوز للقاصر المميز غير البالغ .

ج– كمال الأهلية :

يعتبر الشخص الذي بلغ 19 سنة كامل الأهلية لإرادة أمواله و التصرف فيها كما شاء , يشترط تمتعه بقواه العقلية .

6 – عوارض الأهلية :

إذا بلغ الصبي سن الرشد فإن الولاية تنقضي و يمنحه القانون أهلية أداء كاملة ما بقي حيا ما لم يلم به عارض من عوارض الأهلية و التي تعتبر أمور تصيب البالغ و يكون من شأنها أن تعدم أهليته أو تنقصها و تنقسم عوارضه الأهلية بحسب طبيعتها لعوارض تصيب العقل و هي الجنون و العته و أخرى تلحق تدبيره و هي السفه و الغفلة .

1 – الجنون و العته :

كلاهما يصيب العقل و يعدم الإدراك و التمييز غير أن الجنون يكون مصحوبا بحالة إضطراب و بذلك يختلف المجنون عن المعتوه .

و يعرف رجال القانون الجنون بأنه المرض الذي يصيب العقل فيفقده و يعدمه التمييز أما العته فهو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم .

– و نجد أن فقهاء الشريعة يفرقون بين الجنون المستمر و المتقطع في حين أن المشرع لم يفرق بين الحالتين لمعوبة الإثبات .

تنص المادة 101 من قانون الأسرة : " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " .

و تنص المادة 107 : " تعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة ,و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها " .

فهنا نفرق بين تصرفات المجنون و المعتوه قبل و بعد الحجر :

التصرفات السابقة للحكم بالحجر :

إذا كانت حالة الجنون أو العته غير ظاهرة أو شائعة وقت التعاقد أي أن غالبية الناس لا تعرف بهذه الحالة تعتبر تصرفاته صحيحة .

أما إذا كانت هاتين الحالتين شائعتين أي إذا كان المتعاقد معه على بينة من أمره فإن تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا .

التصرفات اللائحة بعد الحجر :

يكون طلب الحجر بناء على طلب أحد الأقارب دون توضيح و تحديد هؤلاء الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة . (المادة 102 قانون الأسرة) .

و إنطلاقا من المادة 107 فكل تصرفات المجنون و المعتوه باطلة بعد الحكم بالحجر .

ملاحظة :

تنص المادة 108 يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناءا على طلب المحجور عليه .

2– السفه و الغفلة :

هذه العوارض لا تصيب العقل و لكن تصيب تدبير الشخص .

أ– السفيه :

هو الشخص الذي يعرض نفسه و أسرته للإعسار أو الذي ينفق ماله في غير أوجه للشرع (يبذر امواله) .

ب– ذي الغفلة :

هو الشخص كامل العقل و لكنه طيب القلب لحد الغفلة .

تنص المادة 43 : كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقا لما قرره القانون " .

فنجد أن القانون المدني إعتبر السفيه و ذي الغفلة من ناقصي الأهلية كالصبي المميز , فتبطل تصرفاتهم الضارة ضررا محضا بطلانا مطلقا , و تصح تصرفاتهم النافعة نفعا محضا و تكون تصرفاتهم الدائرة بين النفع و الضرر قابلة

للإبطال بالنسبة لهم فقط .

– موانع الأهلية :

هناك ظروف تمنع الشخص من ممارسة تصرفاته القانونية :

أ– الحكم بعقوبة جنائية :

نص قانون العقوبات في المادتين 06 و 07 على حرمان المحكوم عليه في أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية (عقوبة جنائية) كالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت بمباشرة حقوقه المالية و أن تكون إدارة أمواله طبقا لنفس الأوضاع المقررة لحالة الحجر القضائي

فهذه العقوبات تعد مانعا من ممارسة أهلية الأداء , و تكون تصرفات المحكوم عليه باطلة بطلانا مطلقا حيث يعين مقدم لإدارة أمواله .

ب – الحكم بشهر الإفلاس :

الناتج عن توقف التاجر لدفع ديونه و عدم قدرته على ذلك يؤدي للتعيين الإجباري لوكيل التفلسة و يتولى هذا الأخير بإدارة أموال المفلس .

ج – إجتماع عاهتين :

المادة 80 قانون مدني : " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة هاتين العاهتين التعبير عن إرادته , جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته " .

و منه إذا إجتمعت في الشخص عاهتين على الأقل و تعذر عليه بسببهما التعبير عن إرادته يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يساعده في تصرفاته .

و تكون التصرفات الصادرة عنه قبل ان يعين له المساعد القضائي صحيحة أما بعد قرار تعيين مساعد قضائي فتكون قابلة للإبطال لمصلحته .

ملاحظة :

تنص المادة 81 قانون الأسرة : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون " .

أ – الولاية :

تنص المادة 87 قانون الأسرة : " يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا " . و لا يجوز للأبوين التنازل أو التنحي عن الولاية , و الولاية شخصية لا تنتقل للورثة .

و تكون الولاية شاملة لكل أموال القاصر .

المادة 88 قانون الأسرة : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر و تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام " .

أشارت المادة 91 بإنتهاء الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد بعجزه أو موته او الحجر عليه أو إسقاط سلطته .

ب – الوصاية : (92 – 98 قانون الأسرة)

يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو يثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و إذا تعدد الأوصياء للقاضي إختيار الأصلح منه (مادة 92 قانون الأسرة) و يشترط في الوصي حسب المادة 93 : أن يكون مسلما عاقلا بالغا أمينا , قادرا حسن التصرف , و للقاضي عزله إذا إنعدمت الشروط المذكورة .

و يكون للوصي نفس سلطة الولي في التصرف (المادة 95) . و تنتهي مدة الوصي حسب المادة 96 بموت القاصر أو زوال أهلية الموصي أو موته , و ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم بالحجر عليه , و بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها , و بقبول عذر المصي بالتخلي عن الوصاية , أو بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر .

المادة 97 : " على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته و يقدم عنها حسابا بالمساندات إلى من أولى إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته و أن يقدم صورة للحساب المذكور للقضاء " . و تنص المادة 98 : " و في حالة وفاة الموصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر "

يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر .

ج – المقدم :

إذا لم يكن لفاقد الأهلية و لي أو وصي تقوم المحكمة بتعيين مقدم بناءا على طلب احد الأقارب أو من له مصلحة أو النيابة العامة (المادة 99 قانون الاسرة) و تطبق على القيم نفس الاحكام التي تطبق على الوصي (المادة 100 قانون الأسرة) .

- **رابعا – الموطن :**

هو المقر القانوني للشخص أو هو المكان الذي يعتبر القانون أن الشخص موجود فيه , وهو أحد مميزات الشخصية الطبيعية ذلك أن لكل شخص موطن .

أ – أهمية الموطن :

تظهر في المرافعات (الدعاوى القضائية) حيث يعتد به حين إعلان الأوراق القضائية التي يلزم إعلانها للشخص

يتحدد الإختصاص القضاء الإقليمي في النظر للدعاوي بالمحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها موطن المدعى عليه .

ب – كيفية تحديد الموطن :

إختلف الفقه في كيفية تحديد الموطن حيث نجد نظريتين :

1 – موطن حكمي : يعتبر الموطن هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص و مصالحه و هذا ما عمل به القانون الفرنسي , (102 قانون مدني) فهو لا يعتد في الموطن بالإقامة و لكن يعتد بمركز العمل الرئيسي فجعله حكما هو الموطن القانوني للشخص ويؤدي الأخذ بهذا المذهب بوحدة الموطن .

و قد يكون الموطن القانوني على هذا الإعتبار هو محل عمله الرئيسي و محل إقامة الشخص في مكان اخر , و هنا تحدث صعوبة تحديد الموطن , ففي القانون الفرنسي إذا قاضى شخص شخصا و أعلنه في محل إقامته على أنه موطن كان الإعلان باطلا .

ونظرا لصعوبة تحديد مركز العمل الفرنسي عمدت المحاكم . ق الأخذ بفكرة الموطن الظاهر , ملتمسة العذر للغير إذا إعتقد بحسن النية أن موطن الشخص هو حيث يقيم يعتبر الإعلان صحيح .

2– نظرية الموطن كتصور واقعي :

يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة و موطن الشخص حسب هذا المذهب هو الإقامة الفعلية و نجد عنصرين :

– عنصر مادي : و هو الإقامة الفعلية .

– عنصر معنوي : و هو نية الإستقرار .

و على هذا الأساس فليس للبدو الرحل و المتشردين موطن إذ ليس لديهم نية الإستقرار في مكان معين و يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن .

و قد اخذ المشرع الجزائري كقاعدة عامة للموطن الموقعي أي الإقامة الفعلية إذ تنص المادة 36 مدني : " موطن كل جزائري و المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن " .

ج – أنواع الموطن :

ينقسم لموطن عام و موطن خاص :

فالعام هو الموطن الذي يعتد به القانون بالنسبة لنشاط الشخص و أعماله بوجه عام أما الخاص فهو يتعلق بنشاط معين و علاقة معينة فقط .

1 – الموطن العام :

الأصل ان الشخص يختار موطنه بنفسه إلا أنه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص بإتخاذ موطن معين .

أ – موطن قانوني أو إلزامي :

في بعض الأحيان يحدد المشرع موطن الشخص حتى و لو لم يكن الشخص مقيما في ذلك المكان أصلا , مثل : المادة 38 مدني : " موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا " .

ب – موطن عام إرادي :

وهو المكان الذي يختاره الشخص ليقيم فيه و يباشر فيه جميع تصرفاته و يتحدد حسب المادة 36 ق م ج على أساس محل سكناه الرئيسي أو مكان إقامته .

2 – موطن خاص :

و هو الذي يقتصر الشخص فيه على ممارسة معاملات معينة و محدودة . مادة 37 مدني : " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة " , فيكون الشخص الذي يحترف التجارة أو الحرفة موطن لتجارته أو أعماله , و يحتفظ التاجر أو الحرفي بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التي تتعلق بتجارته أو حرفته .

3 – الموطن المختار :

أحيانا يختار الشخص مكانا معينا كموطن له و هو بصدد القيام بإجراءات قضائية أو تنفيذ عمل معين و غالبا ما يكون الموطن المختار خلاف الموطن العام العادي للشخص و ليس الموطن الخاص بتجارته و أعماله (المادة 39 – 01 مدني) : " يجوز إختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين " و يتم إختيار هذا الموطن إما بمقتضى عقد أو بالإرادة المنفردة و يحتفظ الشخص بالموطن العام بالنسبة للتصرفات الاخرى .

مثال : ان يختار شخص مكتب محاميه كموطن له مختار بالنسبة لعمل قانوني معين و يثبت إختيار الموطن بالكتابة إلزاميا (39 – 02 مدني) .

خامسا – الذمة المالية :

من مميزات الشخصية الطبيعية نجد الذمة المالية و يمكن تعريفها بأنها مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من إلزامات مالية الحاضرة و المستقبلية أو بتعبير اخر هي حاصل جمع الحقوق المالية و الإلتزامات المالية للإنسان . فالحقيقة تمثل عنصر إيجابي للذمة المالية (مثلا الحقوق المالية العينية و الشخصية , ...) أما الإلتزامات فتمثل الجانب السلبي لها (ديون) و هي تدوم بدوام الشخص .

أ – أهمية الذمة المالية :

تتمثل في توفير ضمان للدائنين فلم يعد المدين يلزم جسمانيا بالوفاء , و أموال المدين جميعها ضمانا للوفاء بديونه (188 مدني): " اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه و في حالة عدم وجود حق الأفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان " .

و يلاحظ أن حق الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أموال كيف ما شاء في فترة ما بين نشوء الدين و حلول أجل الوفاء به , و يمكن للدائن اللجوء لأحد الدعاوي التالية لحماية حقه و هي :

1 – الدعوى غير المباشرة : (دعوى الحلول)

إذا قصر المدين في المطالبة بحقوقه المالية في مواجهة الغير يستطيع الدائن الحلول محله بإعتباره نائبا عنه و يدخل ما ينتج عن إستعمال هذه الدعوى في أموال المدين .

2 – الدعوى الصورية :

و هي الدعوى التي يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري و للدائن إثبات الصورية و له أن يتمسك بالعقد الصوري إذا بيعا يخفي هبة مستترة مثلا .

3 – الدعوى البورصية :

نسبة للإمبراطور بورص و تسمى كذلك دعوى عدم نفاذ التصرف و يطلب الدائن بموجبها ان لا يرد عليه التصرف , عدم نفاذ الذي قام به المدين غشا أو إضرارا لمصلحته و يترتب عليها ان يعود الحق المتصرف فيه إلى ذمة المدين **191** مدني .

ب – علاقة الشخصية القانونية بالذمة المالية :

1 – النظرية التقليدية : الشخصية

و تنطلق من أن الذمة المالية من المظهر المالي للشخصية القانونية فلا شخص بغير ذمة مالية و لا ذمة مالية بغير شخص .

و مقتضى هذه النظرية أن لكل شخص حتما ذمة مالية لأن الذمة المالية مجموعة الحقوق و الإلتزامات التي تثبت للشخص حاضرا أو مستقبلا .

كما أنه ليس للشخص غير ذمة مالية واحدة , فالذمة المالية لا تتعدد , حيث لا نستطيع فصل بعض عناصر الذمة المالية و إخضاعها لنظام خاص أو عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو التنازل عنها فهي وعاء إفتراضي يشمل الحقوق و الإلتزامات معا , فيمكن التصرف في عناصر فرادى دون أن يؤثر ذلك على كيان هذا المجموع (الذمة المالية) .

– **نقد** : إنتقدت هذه النظرية بشدة و ذلك لربطها بين الذمة المالية و الشخصية القانونية لحد يصعب الفصل بينهما و يترتب على الذمة المالية الاثار المترتبة على الشخصية القانونية , بينما الواقع مخالف لذلك إذ يمكن تجزئة الذمة المالية و أن يخصص مال معين لإلتزامات معينة فيكون للشخص أكثر من ذمة مالية كالشريك في شركة مساهمة فتمثل حصته في الشركة من مالية مستقلة عن ذمة الخاصة .

2 – النظرية الحديثة : أو نظرية التخصيص

يعرف الفقهاء الألمان الذمة المالية بأنها مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين و لذا تسمى بنظرية ذمة

التخصيص , و مؤداها أن يرتبط و جود الذمة المالية بوجود الشخصية , (تنكر فكرة الشخصية المعنوية) , و طبقا لهذه النظرية إذا رصد شخص مجموعة من أمواله لغرض معين نشأت بذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمته الأولى .

تتعدد الذمة المالية للشخص الواحد تبعا لتخصيص مجموعات معينة من أمواله لأغراض مختلفة و تكوون كل ذمة مستقلة عن الأخرى , و منه يترتب عن هذه النظرية :

1 – قابلية الذمة المالية للإختصاص .

2 – أنه يمكن أن توجد ذمة مالية بدون شخص في حالة وجود مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين .

نقد : أنتقدت على أساس أنه لا يمكن وجود ذمة مالية دون وجود شخص طبيعي او معنوي

موقف المشرع :

يأخذ المشرع الجزائري أصلا بالنظرية الشخصية فلا يمكن أن توجد ذمة مالية دون وجود شخص معين و كذلك تعتبر جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ,و لكن نجد المشرع الجزائري أخذ بنظرية التخصيص . مثال : تتحد مسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و في شركة المساهمة يقدر صحته في الشراكة , فلا يجوز لدائن الشركة التنفيذ على الذمة المالية الخاصة لهذا الشريك .

الشخص الإعتباري : (المعنوي)

تمهيد :

كان الإنسان في العهود القديمة هو الذي يكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في الحق , و منه كانت أطراف الحقوق هي أشخاص طبيعية , و لكن مع تقدم المجتمعات البشرية في العصر الحديث شعر الإنسان بأنه عاجز عن القيام بمشروعات كبيرة بمفرده و لابد له لكي يحققها من الإنظمام لمجموعة من الأفراد الاخرين يساهمون معه بجهودهم الشخصية و أموالهم .

و بإنظمام الأشخاص الطبيعية و بتكتل أموالهم كان لا بد لمجموعة من الأموال و لمجموعة من الأشخاص أن تدخل الحياة القانونية في المجتمع تارة كأطراف إيجابية لها حقوقها و تارة كأطراف سلبية عليها إلتزامات و من المنطقي ان مجموعات الأشخاص أو الأموال لا يتسنى لهما ممارسة حقوقها أو اداء إلتزاماتها إلا إذا كانت لها الشخصية القانونية المستقلة عن الأفراد المكونين لها و إلتزاماتهم .

لذلك تعترف القوانين الحديثة بتكتلات الأفراد و الأموال بالشخصية القانونية المستقلة عن شخصية المكونين لها حتى تتمكن من ممارسة نشاطها القانوني بوصفها شخصا قانونيا مستقلا .

تعريف الشخصية الإعتبارية :

يمكن تعريفها بأنها : " مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف لتحقيق غرض معين و يعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض " . و يسمى بالشخص المعنوي , لأن ليس له كيان مادي ملموس دائما فهو موجود معنويا فقط .

ومن التعريف السابق للشخص الإعتباري يمكن إستخراج ثلاثة عناصر :

- ✓ الشخص الإعتباري يتميز بشخصية قانونية مستقلة عن الأشخاص المكونين لها .
- ✓ الشخص الإعتباري يتكون من مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال أو بإتحادهما معا .
- ✓ تحقيق غرض معين و على ضوء هذا الغرض يتحقق فكرة الشخصية .

طبيعة الشخصية المعنوية :

ليس للشخص الإعتباري وجود مادي كالإنسان فكيف نفسر منحه للشخصية القانونية إزاء هذا الموضوع ,

إنقسم الفقه إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول :

ينكر فكرة الشخصية القانونية على غير الإنسان , و يتزعم هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي " ليون ديجي " و يقول أن منح الشخصية القانونية للجمعيات و المؤسسات و الشركات ... هو إصطناع لا مبرر له .

الإتجاه الثاني :

يقر الشخصية القانونية لمجموعة الأشخاص أو مجموعة الأموال (أي للشخص الإعتباري) و هو إتجاه الأغلبية العظمى لرجال الفقه و التشريعات , و تحت هذا الإتجاه قامت نظريتان تبرران فكرة الشخص الإعتباري :

– أحدهما تقول أن الشخصية الإعتبارية فكرة إفتراضية .

– و الأخرى تقول بأن الشخصية الإعتبارية شخصية حقيقية .

نظرية الحيلة القانونية : (الإفتراض القانوني):

قال بهذه النظرية أصحاب المذهب الفردي و على رأسهم الفقيه "سافيني " و مؤداها ان الشخص الطبيعي هو وحده الذي يصلح أن يكون طرفا في العقد (لإمتلاكه الإرادة) و حسبهم فإن الشخص الإعتباري ليس له وجود مادي و ليست له إرادة بطبيعة الحال , و لكن يفترض المشرع له الشخصية القانونية عند إنشائه حتى يستطيع الدخول في الحياة القانونية , للمجتمع كطرف إيجابي أو كطرف سلبي .

ب – نظرية الشخصية الحقيقية :

قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان و تبلورت فكرتهم في أن الشخصية الإعتبارية ليست مجرد إفتراض بل حقيقة واقعية تفرض نفسها على المشرع لأنها توجد من تلقاء نفسها دون حاجة لإعتراف المشرع بها و مهما يكن فإن الأشخاص الإعتبارية لها وجود مادي و معنوي قانوني .

أنواع الأشخاص الإعتبارية :

و هي نوعان عامة و خاصة :

1 – الأشخاص المعنوية العامة :

تنص المادة 49 ق.م على ان الأشخاص الإعتبارية هي : الدولة ,الولاية , البلدية , المؤسسات ذات الطابع الإداري – الشركات المدنية و التجارية – الجمعيات و المؤسسات و الوقف , كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية و كل مجموعة معنوية تنشأ من مجرد توافر أركانها فالولاية بموجب قانون 12-07 قانون الولاية هي أشخاص معنوية إقليمية و نستخرج من خلالها أن الدائرة ليس لها شخصية معنوية .

و البلدية بموجب المادة 10-11 قانون البلدية هي أشخاص معنوية إقليمية إلى جانب الدولة و الولاية و البلدية هناك أشخاص مرفقية مصلحية و هي تقوم بخدمات مثل مرفق الصحة و التعليم و لا يتعلق نطاقها بإقليم معين فإذا كان إختصاص الشخص المعنوي العام إقليمي مقيد بحدود إقليمية فإن إختصاص الشخص المعنوي المصلحي فهو مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله :الصحة , التعليم , الأمن .

و هناك حيث كان المرافق التي تقتصر في البداية على المرافق العامة الإدارية ثم توسعت إلى المرافق الإقتصادية و التجارية و الصناعية , فأصبغ عليها المشرع صفة الشخصية الإعتبارية , و يظل الشخص الإعتباري العام تحت إشراف الدولة مع تمتعه بإستقلالية مالية و مسؤولية خاصة .

2 – الأشخاص المعنوية الخاصة :

يقصد بها المؤسسات و الجمعيات و الشركات التي تعترف لها الدولة بتحقيق مصالح خاصة من مجموعة أشخاص أو أموال و جرى الفقه على إستخدام مجموع الأشخاص الطبيعيين و إطلاق تعبير مجموع الأموال على المؤسسات و في تخصيص مجموع من الأموال لتحقيق مشروع نفع عام .

أ – الشركات :

هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالإسهام في مشروع إقتصادي و ذلك بتقدم حصة من المال أو العمل و يقسمون ما ينشأ عن هذا المشروع هو ربح أو خسارة , فتكون الشركة مدنية إذا كان موضوعها مدني و تكون تجارية إذا أصبغ عليها القانون موضوع تجاري مثل شركة المساهمة أو التضامن , و تنتهي بإنتهاء أجلها أو إفلاسها .

ب – الجمعيات :

و تنشأ بإتفاق الأعضاء على تحقيق هدف غير مالي و هو هدف ثقافي أو رياضي أو علمي , و بهذا تختلف عن الشركات و تنقضي الجمعيات عن طريق القضاء .

ج – المؤسسات :

و هي شخص إعتباري نشأ بناء على تخصيص مبلغ مالي لتحقيق عمل إجتماعي سواء كان علمي أو رياضي و منه نجد أن المؤسسة تتفق مع الجمعية في غرض غير مالي و تختلف عنها لأن الجمعية مجموع من الأشخاص و المؤسسة مجموعة من الأموال فقط , و جدت لتحقيق هدف إجتماعي فلا يلزم في قيامها إجتماع عدد من الأشخاص , إذ يستطيع الشخص تخصيص مجموعة من أمواله فتمنح لهذه الأموال شخصية قانونية .

الو قف :

هو نظام مصدره الشريعة الإسلامية و ينعقد بالإرادة المنفردة للواقف و هو : " حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد " و يعرفها القانون 91 – 10 المادة 04 المتعلق بالأوقاف : " عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " سنة 1991 , و المادة 03 تنص أن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو مع وجه من وجوه البر و الخير بحسب نص المادة 05 القانون 91–10 .

عناصر تكوين الشخص الإعتباري :

1 – العنصر الموضوعي :

هو إتجاه إرادة الأفراد إلى إنشاء شخص معنوي و للإرادة دور فعال في إنشاء الشخص المعنوي . مثال : لا تنشأ الشركة إلا بعقد , و كذلك الحال بالنسبة للجمعية أو المؤسسات و يجب توفر مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال بحسب طبيعة الشخص .

2 – العنصر المعنوي :

يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي هو تحقيق غرض معين و يشترط ان يكون الغرض ممكنا و مشروعا .

3 – العنصر الشكلي :

قد يتطلب القانون الرسمية كما قد يستلزم الشهر , و قد يتطلب حصول مجموعة الأموال أو مجموعة الأشخاص على ترخيص خاص لإكتساب الشخصية المعنوية .

أ – الرسمية :

مثل الشركة يشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوب في عقد رسمي و إلا كانت باطلة , إذ تنص المادة 418 ق.م.ج : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا " كما تنص المادة 549 – 01 قانون تجاري : " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها " .

– بالإضافة يجب ان يكون هناك إعتراف الدولة بالشخص المعنوي و يكون إعتراف عام أو خاص .

فيكون عاما إذا وضع المشرع شروطا عامة إذا توافرت في مجموعة من الأشخاص أو الأموال إكتسبت الشخصية القانونية دون الحاجة إلى إذن أو ترخيص .

أما الإعتراف الخاص فهو ترخيص خاص المطلوب الحصول عليه لإكتساب الشخصية المعنوية لمجموعة الأشخاص أو الأموال بناء على ترخيص خاص .

مثال :

تشترط المادة 07 من قانون الجمعيات إيداع تصريح يؤسس لدى السلطات العمومية المختصة مثل الجمعية الوطنية يتم الحصول على الترخيص لدى السلطات العمومية و الجمعية المحلية عن طريق الوالي .

بداية الشخصية الإعتبارية :

أ – بالنسبة للدولة :

بتوفر أركانها (السلطة , الشعب , الإقليم)

ب – بالنسبة للولاية :

بتاريخ صدورها قانون إنشائها الذي يحدد إسمها و مركزها و شخصيتها القانونية و يحدد الإستقلالية المالية , كذلك الحال بالنسبة للبلدية .

ج – بالنسبة للمؤسسات العامة و التعاونيات :

تبدأ حياتها القانونية من صدور قانون إنشائها .

بالنسبة للجمعيات و الشركات :

فإن القانون يشترط صدور قانون إنشائها و شهرها عن طريق سجلات خاصة بها .

نهاية الشخصية المعنوية :

أ – بالنسبة للدولة : زوال اخر عناصرها .

ب – بالنسبة للولاية و البلدية :

بصدور قانون إلغائها .

ج – بالنسبة للجمعيات :

يتم عن طريق حل قضائي أو إختياري .

د – بالنسبة للشركات :

بحلول أجل إنقضائها و إتفاق الشركات على حلها و إشهار الإفلاس .

مظاهر الحياة القانونية للشخص الإعتباري :

مميزات الشخص الإعتباري :

تنص المادة 50 ق.م : " فإن يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق , إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان , و ذلك في الحدود التي يقررها القانون , فيكون للشخص المعنوي : ذمة مالية – موطن – أهلية – إسم – حالة

- **1 – الإسم :**

يكون للشخص الإعتباري إسم سميزه عن غيره و بالنسبة للأشخاص الإعتباريين الخاصة هم الذين يعطونها الإسم في حالات خاصة مثل الشركات , مثل إسم صاحبها أو إسم أحد الشركاء أو إسم مشتق من الغرض الذي نشأت من أجله (إسم الشخص المعنوي هو حق مالي يجوز التصرف فيه) .

- **2 – الحالة :**

يختلف الشخص الإعتباري عن الشخص الطبيعي في أن الشخص الإعتباري ليس له روابط عائلية و ليست له روابط دينية أما من حيث الروابط السياسية نجد أن لكل شخص إعتباري جنسية تحدد من تاريخ إنشائه و هذا لكي يمكن أن نميز بينها , و ما يترتب عن ذلك من اثار .

و السائد هو أن جنسية الشخص المعنوي تحدد بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الفعلية .

➢ 3 – الموطن :

يمنح للشخص المعنوي الموطن مستقل عن موطن الأعضاء المكونين له , و عادة تكون المنازعات المتعلقة بشركائه من إختصاص المحكمة التي يوجد بها مركز الإدارة لرئيس الشركة , تنص المادة 547 ق . تجاري : " موطن الشركة هو مركز الشركة , و إذا كانت له فروع يكون محل كل فرع موطنا فيها يتعلق بمجال نشاطه " .

➢ 4 – الذمة المالية :

للشخص ذمة مالية بعنصرها الإيجابي و السلبي , تكون الذمة المالية للشخص الإعتباري مستقلة و منفصلة تماما عن الذمة المالية للأفراد , و لا يجوز للدائنين (شخص معنوي) التنفيذ على الذمة المالية الخاصة لأعضائها المكونين للشخص الإعتباري , و إنما ينفذون على أموال الشخص الإعتباري لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص الإعتباري فلا تعد ضمانا للديون , فأموال الشخص الإعتباري هو الضمان الوحيد لخصومه أو الإلتزامات .

➢ 5 – الأهلية :

بإعتبار أن الشخصية القانونية تحمل الإلتزامات طالما أن الشخص الإعتباري يتمتع بالشخصية القانونية فإنه لابد أن يتمتع بأهلية الوجوب أي صلاحية لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات .

و نظرا لإختلاف الشخص الطبيعي عن المعنوي تكون حقوق الشخص المعنوي و إلتزامات الشخص . ط , فلا يتبين للشخص المعنوي الحقوق الملازمة لطبيعة الإنسان .

مثال :

حق الحياة في الاسرة – سلامة الجسم , ولا يرى إلا بإستثناء الدولة لمل لا وارث له فلا يتمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية و الأهلية إلا بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه , و هو ما يعرف بمبدأ التخصيص للشخص الإعتباري اما فيما يخص أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص لممارسة و مباشرة الأعمال و التصرفات القانونية بنفسه , و الشخص الإعتباري ليس له تميز بحكم طبيعته ,إذ ليست له بذاته إرادة لهذا .

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن الشخص المعنوي ليس منعدم الإرادة بل أهلية , و لكن لا يستطيع القيام بها إلا عن طريق ممثليه (مثل في الشركة مدير) إنعدام الأهلية لديه , إذا القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها الممثل الشخص المعنوي و الأعمال التي يقوم بها بمثابة عمل و إرادة الشخص المعنوي بحد ذاته .

محل الحق

لكل موضوع حل أو مضمون أو المحل الذي يرد عليه الحق , تنقسم الحقوق من ناحية موضوعها إلى :

– الحقوق الشخصية :

موضوعها (محلها) القيام بعمل او الإمتناع عن عمل .

– الحقوق العينية :

موضوعها شيئ فموضوع الحق إما عمل إيجابي أو سلبي إما شئ , و العمل بصورتيه هو موضوع أو محل الحق الشخصي و الشيئ هو محل الحق العيني .

1 – محل الحق الشخصي : (العمل)

هو سلطة تثبت للدائن و تخوله إلزام المدين بأداء عمل معين , و الإمتناع عن ادائه تحقيقا لمصلحة , و من هذا يتبين أن موضوع أو محل الحق الشخصي أي الأمر الذي يلزم به المدين هو الإلتزام بالقيام بعمل أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل .

يتضمن القيام بالعمل الإيجابي الذي يقوم به المدين لمصلحة الدائن . و أمثلة عن الحقوق الشخصية التي تتضمن عمل : حق المشتري في إستلام الشئ المبيع و حق المستأجر في أن يمكنه المؤجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة , و قيام المقاول ببناء لمصلحة و بالعمل (شخص ما) .

أو قيام شخص بنقل شخص أو شئ إلى جهة معينة , و يكون الإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان موضوعه محددا فيكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة . مثال : الناقل ملزم بتسليم البضاعة في مكان و زمان محددين و يعتبر محلا بإلتزامه إذا لم يحقق هذه النتيجة و لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت عذر أن قوة قاهرة حالت دون تحقيق

النتيجة : أما في الإلتزام يبذل عناية فيكون المدين ملزما بإستعمال الوسائل الممكنة و أكبر قدر من الحيطة فلا يكون ملزما بشفاء المريض و لكن يكون ملزما بعمل ما في وسعه تحقيقا للغرض .

من أمثلة الحقوق التي تتضمن الإمتناع عن عمل معين حق شركة سنمائية في أن تمنع ممثلا معينا من الإشتراك في أفلام شركة أخرى طوال مدة التعاقد , أو الإلتزام بائع محل تجاري فتح محل تجاري تمارس فيه نفس التجارة و في نفس المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه للمشتري لعدم المنافسة .

ملاحظة :

رأى الكثير من الفقهاء الفرنسيين على إعتبار القيام بعمل أو الإمتناع عنه أن موضوع الحق الشخصي يتمثل في إعطائه الشيئ و يقصدون به نقل ملكية الشئ و لكن في الحقيقة لا يوجد إلتزام موضوعه إعطاء شئ لأن إعطاء الشئ و هو نتيجة يرتبها القانون على عمل يلتزم المدين بادائه (أي أداء عمل) .

مثال :

إذا باع للشخص منقولا معينا لنوعه فقط لا لذاته ككمية من القمح إلتزم البائع بتعيين المبيع ذاته عن طريق فرزه , و بذلك تنقل ملكية القمح المبيع إلى المشتري بقوة القانون .

و من ثم موضوع الحق الشخصي هو القيام بعمل أو الإمتناع عنه و الإلتزام بإعطاء شئ ليس في حقيقته إلا صورة من صور الإلتزام بأداء عمل .

أ – الشروط التي يجب ان تتوفر في العمل :

1 – أن يكون العمل ممكنا فلا إلتزام بالمستحيل : و الإستحالة التي تمنع القيام بإلتزام بعمل هي إستحالة مطلقة أو الموضوعة و هي تلك الإستحالة المادية أو القانونية التي تجعل من اداء الإلتزام ضربا من ضروب الخيال بالنسبة للكل , أي أن يكون العمل مستحيلا في ذاته سواء للمدين أو لغيره .

مثال :

إلتزم المحامي بالإستئناف رغم فوات معاده أو تعهد طبيب بعلاج شخص تبين له أنه ميت , و هذه الإستحالة تجعل العمل باطلا .

أما الإستحالة النسبية هي تلك الإستحالة التي تجعل اداء الإلتزام المتفق عليه غير ممكن بالنسبة للمدين فقط و ليس للغير , مثل إلتزام شخص (مدين) بإعداد لوحة فنية رغم أنه ليس رسام فالأمر هنا مستحيل بالنسبة للمدين , لأنه ليس رسام و هذه الإستحالة النسبية لا تمنع يكون الإلتزام صحيحا مستوفيا لشرط الإمكان مع إلتزام المدين بالتعويض إذا عجز عن تنفيذ الإلتزام .

2 – أن يكون العمل محددا أو قابلا للتحديد (التعيين) .

3 – أن يكون العمل محل الإلتزام مشروع غير مخالف للقوانين و النظام و الاداب العامة كالإلتزام بأمر إرتكاب جريمة معينة فهو مخالف .

2 – محل الحق العيني :

يجب التفرقة بين الشئ و المال فالمال هو كل حق مالي شخصي عيني أو كمي و بالتالي فهناك أموال لا تعتبر أشياء , أما الشئ فهو الكائن الموجود في حيز ما من الطبيعة إذا دخلت في دائرة التعامل فإنه يصبح محلا للعلاقات القانونية و منه ليس كل الأشياء تصح أن تكون محلا فهناك أشياء تخرج عن دائرة التعامل و أشياء تدخل في دائرة التعامل هذه الأخيرة يمكن أن تكون محل عيني . تنص المادة 682 ق.م : " الأشياء التي تخرج عن العامل بطبيعتها و هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها , و اما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " .

مثال :

عن الأشياء الخارجة عن التكامل بطبيعتها (الهواء – أشعة الشمس) الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون (المخدرات – الأسلحة) .

1 – تقسيم الأشياء إلى أشياء (ثابتة – عقارات – أشياء منقولة)

إن من أهم تقسيم الأشياء إلى عقارات و منقولات .

نصت المادة 683 ق.م : " كل شئ مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار , و كل ما عد من ذلك الشئ فهو منقول " .

و من هذا يثبت أن المشرع الجزائري عرف العقار ولكنه لم يعرف المنقول .

و معناه إذا معرفتنا العقار فكل الأشياء ليست داخلة في العقار تعتبر منقول و ذلك أساسيا على القاعدة القانونية أن الأشياء دائما تكون إما عقار أو منقول .

أ – العقارات :

تبين من نص المادة 683 ق.م أن العقارات نوعان : عقارات بطبيعتها – عقارات بالتخصيص .

1 – عقارات بطبيعتها :

بحسب الفقرة 01 من المادة 683 أن القارات بطبيعتها هي كل شئ ثابت في مكانه و مستقر فيه لا يتحرك منه و لا يمكن نقله من مكان دون تلف و من هذا المفهوم فإن العقارات بطبيعتها تشمل :

أ – الأراضي :

جميع أنواع الأراضي سواء كانت معدة للزراعة و تشمل سطح الأرض و طبقاتها .

ب – المباني :

كل بناء أو إنشاء أو تشييد على الأرض يعتبر عقار بطبيعته .

2 – عقارات بالتخصيص :

عرفتها المادة 683 – 02 ق.م.ج : " المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص " فالعقارات بالتخصيص هي أشياء منقولة بطبيعتها لكنها خصصت لخدمة عقار أو إستغلاله مثل : الالات – الجرارات .

أ – شروط سيرورة أو إعتبار المنقول عقارا بالتخصيص

1 – أن يكون العقار و المنقول مملوكان لمالك واحد , لأن العقار بالتخصيص أساسه فكرة التبعية و هي لا تتحقق إلا إذا كان المالك لشيئين شخص واحد . فإذا إستأجر شخص الة و خصصها لخدمة عقاره فلا تكتسب هذه الالة صفة عقار بالتخصيص (تنظمه المادة 683)

2 – شروط التخصيص : أي أن يرصد المنقول لخدمة العقار أو إستغلاله فالتخصيص للإستعمال الشخصي للمالك لا يكسب المنقول صفة العقار بالتخصيص و أن يوضع المنقول في العقار المخصص لخدمته , و قصد المشرع بذلك توفير نوع من العلانية بالنسبة للغير حتى يعلموا بالوصف الجديد للمنقول الذي صار عقار بالتخصيص , و يكون تعاملهم مع صاحبه على هذا الأساس .

و يجب أن يتسم التخصيص بنوع من الثبات و الإستقرار و إلا كان الأمر عرضيا , و أن يقع التخصيص بفعل المالك و إرادته , لأنه هو الذي يقرر النفع الذي يعود على العقار من هذا التخصيص , و إذا وقع التخصيص من غير المالك فإن المنقول لا يكسب صفة العقار بالتخصيص .

ب – الاثار المترتبة على إعطاء المنقول صفة العقار بالتخصيص :

يخضع العقار بالتخصيص كقاعدة عامة للأحكام التي يخضع لها العقار الأصلي من رهن أو بيع أو وصية ... إلخ , من ناحية أخرى إذا بيع عقار بالتخصيص مع عقار بطبيعته فيعامل معاملة عقار من حيث شهر التصرف و كذلك الأمر في حالة الرهن إذا يشمل الرهن العقار ملحقاته و العقار بالتخصيص .

و يهدف المشرع من إعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص لضمان إستغلال العقارات إستغلالا جيدا , فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن العقار .

ب – المنقولات :

هو كل ما يمكن نقله من مكان لاخر دون تلف و لا يحجز مكان معين . هو التحديد أو التعريف السلبي إنطلاقا من (المادة 683 ق.م.ج) و قد يكون المنقول بطبيغته مادي او معنوي , أو منقولات بحسب المال , و هي عقارات في الأصل متصلة بالأرض لكن القانون ينظر إليها على أنها منقولات بالنظر لما ستؤول إليه مثل : المباني المقرر هدمها كالأشجار التي يراد قطعها

1 – الأثار القانونية المترتبة على التفرقة بين العقار و المنقول :

1 – هناك من الحقوق ما يرد على عقارات وحدها دون منقولات كحق الإرتفاق و حق الرهن الرسمي و حق التخصيص على عقار من عقارات المدين .

2 – تنتقل ملكية المنقول معين بذاته في العقد و ملكية المنقول بنوعه بعد الفرز , أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة على العقار فنظام شهر التصرفات قاصر على العقارات كقاعدة عامة .

3 – كل التصرفات الواردة على عقار يجب أن تحرر في شكل رسمي أي يجب تحريرها من طرف ضابط عمومي مختص (تعتبر عقود شكلية) أما التصرفات الواردة عن المنقولات فهي تصرفات رضائية .

4 – ليس ثمة حاجة للتقادم المكسب للملكية بالنسبة للمنقول لأن الحيازة القانونية للمنقول و هي التي تكون بناء على سبب صحيح و بحسن نية تكسب الملكية بمجرد تصرف و إستلام المنقول , فنشأ بذلك قاعدة قانونية مشهورة : " الحيازة بالمنقول سند ملكية " أما العقارات فلا يكتسب واضع اليد عليها بحسن نية ملكيتها إلا بعد مرور مدة التقادم المكسب (10 أو 15 سنة)

5 – الشفعة ترد على العقار دون المنقول و هي رخصة تجيز للشريك أو المستأجر الحلول محل المشتري .

6 – الطعن بالغبن يجوز في التصرفات الواردة على العقار (الغبن هو تفاوت الأداءات بين المتعاقدين) , فالغبن في بيع عقار يجعل للبائع الحق في تكملة الثمن لأربعة أخماس ثمن المثل لإحالة زيادة الغبن عن خمس ثمن المثل , مثال : عقار ثمنه 100 مليون الخمس 20 مليون إذا تم بيعه ب 60 مليون فإن للبائع الحق في جعله (رفعه) 80 مليون , على أن يرفع البائع المغبون دعواه خلال مدة 03 سنوات من يوم إنعقاد البيع (المادة 358 – 359 ق.م.ج) .

7 – الإختصاص المكاني في الدعاوى العقارية يكون دائما للمحكمة التي يقع العقار في دائرة إختصاصها , أما في الدعاوي المنقولة فيكون إختصاص مكاني للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول , لهذا أورد المشرع قاعدة مؤداها أن الإختصاص يؤول للمحكمة الموجود بها الموطن .

2 – تقسيم الأشياء إلى أشياء مادية و أخرى معنوية :

– الأشياء المادية :

هي التي تكون ملموسة أو محسوسة سواء كانت عقارات أو منقولات .

– الأشياء المعنوية :

هي التي لها كيان ملموس مثل الإبتكارات , الأفكار , الإختراعات ...

3 – تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل و أخرى خارجة عن دائرة التعامل :

الأصل في الأشياء أنها قابلة للتعامل و لكن إستثناء أنه توجد أشياء غير قابلة للتعامل أي خارجة عن دائرة التعامل , تنص المادة 688 ق.م : " كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية " .

أشياء غير قابلة للتعامل و هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء و أشعة الشمس , ماء البحر .

– أما الأشياء غير قابلة للتعامل بحكم القانون هي التي تكون منع بنص قانون مثل التعامل بمواد المخدرات غير جائزة لأنها مخالفة للنظام العام لكن يمكن إستخدامها في بعض الإستثناءات بنص قانوني كذلك الحال بالنسبة لأموال الدولة .

4 – تقسيم الأشياء إلى أشياء مثلية و أشياء قيمية :

تنص المادة 686 ق.م : " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء و التي تقدر عادة في التعامل بين الناس أو المقياس أو الكيل أو الوزن " .

– الأشياء المثلية : (الأشياء المعينة بالنوع)

هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بالإلتزام أي يتشابه و يتماثل أفراد النوع الواحد فيها بحيث يمكن الوفاء بكمية محدودة العدد أو المقدار منها بكمية مماثلة عددا أو مقدارا ما دامت الكمية من نوع واحد . مثال : القمح أو الأرز ...

ب – الأشياء القيمية : (المعينة بالذات)

فكل شئ منها لا يماثل غيره و لا يشبهه تماما لإختلاف كل شئ في خواصه و قيمه مثل السيارات أو العقارات أو ...

أهمية هذا التقسيم :

1 – تبدأ ذمة المدين من الإلتزام الذي يكون في حين أن ذمته لا أشياء ذهنية إذا أو في شئ مماثل له (المقدار – الجود – ...) في حين أن ذمته لا تبدأ إلا بالوفاء بالشئ ذاته إذا كان محل إلتزام شيئا قيميا .

2 – إن هلاك محل الإلتزام قبل تنفيذه يجعل الوفاء مستحيلا في الأشياء القيمية إما في الأشياء الملكية قيمية الوفاء بالمثل .

3 – من تقسيم الأشياء إلى الأشياء القابلة للإستهلاك و الأشياء غير قابلة للإستهلاك (الإستعمال) .

– معيار التفرقة بينها :

هو مدى قابلية الشئ للتكرار إستخدامه أكثر من مرة واحدة .

5 – الأشياء القابلة للإستهلاك و الأشياء غير القابلة للإستهلاك :

أ – الأشياء القابلة للإستهلاك :

يقصد بها كل شئ يستهلك من إستعماله لأول مرة مثل المأكولات .

ب – الأشياء غير القابلة للإستهلاك :

هي غير قابلة للإستهلاك أول مرة تستخدم فيها مثل العقارات .

أهمية التقسيم :

حق الإنتفاع يرد على الأشياء القابلة للإستعمال فقط دون الأشياء القابلة للإستهلاك مثل السيارة و المنزل و يمكن يشغيلهما لمدة معينة بمقابل على أن تعاد في نهاية فترة الإنتفاع , و لا يمكن تصور هذا الأمر بالنسبة للأشياء القابلة للإستهلاك .

تقسيم الأشياء إلى أشياء معتبرة أصلا و أشياء معتبرة ثمارا :

يمكن إعتبار الشئ أصلا إذا لم يكن هو ثمرة من شئ اخر أما الشئ الذي ينتج بصفة دورية و متجددة في أغلب الأحيان من شيئ اخر يعتبر الأول ثمرة و الثاني أصلا له

مثال :

الأرض الزراعية تعتبر أصلا و الغذاء تعتبر ثمارا , و كذلك الأشجار تعتبر أصولا و الفواكه تعتبر ثمارا .

مصدر الحق " سبب الحق"

لكل حق صاحب له " أطراف الحق " , ولكل حق موضوع " محل الحق " ولكل حق سبب منشئ له " مصدر الحق " .

والحق ينشأ إما عن واقعة قانونية أو تصرف قانوني .

الوقائع القانونية .

الوقائع القانونية سواء كانت طبيعية أي بدون تدخل الإنسان أو من فعل الانسان فإنه في الحالتين يترتب عليها القانون أثرا قانونيا كالوفاة هي ظاهرة طبيعية يرتب عليها القانون أثر هو انتقال الأموال المتوفي للورثة أو مصادمة شخص لآخر بسيارته وإصابته فهذه الواقعة من فعل الإنسان يرتب عليها القانون أثر هو إلتزام صاحب السيارة بالتعويض .

ومنه الواقعة القانونية هي حادث أو عمل مادي يرتب عليه القانون أثرا سواء أراد الإنسان هذه النتيجة أم لم يردها ومن خلال ما تقدم نجد أن الوقائع تنقسم لوقائع طبيعية و أخرى من فعل الانسان .

أ- الوقائع الطبيعية:

وهي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها كواقعة الوفاة أو الميلاد .

ب- الوقائع التي تحدث من فعل الإنسان :

فهي الأعمال التي تصدر عن الانسان ويرتب عليها القانون أثار مثل الفعل الضار أو اتلاف شخص لمال مملوك للغير .

كذلك يعتبر مالك البناء مسؤولا عن تعويض الضرر إذا تهدم البناء وألحق ضررا للغير .

ووضع اليد على عقار " الحيازة " مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية تؤدي لامتلاك واضع اليد ووضع اليد هنا واقعة رتب عليها القانون أثرا هو كسب الملكية .

التصرف القانوني :

هو اتجاه الأرادة لاحداث أثر قانوني معين فالارادة هي أساس التصرف القانوني .

أنواع التصرفات القانونية :

تتعدد التصرفات القانونية الى :

1- التصرف القائم على الإرادة المنفردة .

2- التصرف القائم على إرادتين " عقد " .

- قد يكون التصرف القائم على الإرادة المنفردة فيسمى تصرف من جانب واحد مثل الوصية حيث ينفذ لابرامها وتحديد أثارها شخص واحد هو الموصي وكذلك الوعد بالجائزة .
- قد يكون التصرف القانوني على إرادتين ويسمى إتفاق أو عقد فلا تكفي ارادة واحدة لابرامه بل لابد من توافق وتطابق إرادتين لاقامة الأثر القانوني مثل البيع – الايجار ..

التصرف بمقابل والتصرف بدون مقابل :

فالأول مثل البيع يسلم البائع المبيع ويتسلم مقابلا له هو الثمن " الايجار " .

أما التصرف بدون مقابل مثل الهبة – الوصية – قرض بدون فائدة ..... تقسيم التصرفات لنافذة ما بين الأحياء وتصرفات مضافة الى ما بعد الموت

تنقسم التصرفات القانونية من حيث وقت انتاج أثرها الى تصرفات نافذة ما بين الأحياء وتصرفات مضافة الى ما بعد الموت مثل : الوصية فلا تنتج أثرها إلا بعد موت الموصي .

تقسيم التصرفات الى تصرفات إنشائية " منشئة للحق " وأخرى كاشفة للحق :

يقصد بالتصرفات الانشائية تلك التي من شأنها إنشاء الحق مثل: حق الانتفاع وحق الارتفاق .

أما التصرفات الكاشفة والمقررة للحق فهي التي تقتصر على الكشف عن الحق القائم فتقرر وجوده وتزيل مكانه في حكم الأمور مثل حق الملكية .

أركان التصرف :

يلزم لتكوين تصرف قانوني صحيح المنتج لآثاره القانونية توفر 03 عناصر إذا تخلف أحدها كان التصرف باطل بطلان مطلقا وهي الإيرادات " التراضي " .

التصرفات إما رضائية ذات 03 أركان و إما شكلية ذات 04 أركان .

➢ أولا : الإرادة

أي اتجاه الارادة نحو إحداث الأثر القانوني فإذا كان التصرف من جانب واحد مثل الوصية والوعد بالجائزة فان الإرادة تصدر عن شخص واحد هو الموصي أو الواعد بالجائزة أما اذا كانا بصدد تصرف صادر من طرفين أو أكثر مثل عقد البيع فإن الإرادة تصدر من الطرفين وهو ما يعبر عليه بتوافق الإرادتين .

مثال : مثل عقد البيع الذي لا يتم الا بتوافق إرادتي البائع والمشتري من خلال صدور الايجاب أحد المتعاقدين يليه قبول مطابق من المتعاقد الأخر ولكي تكون الارادة صحيحة يجب أن لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة [اضافة للمجنون والمعتوه ..] كالغلط والتدليس . الإكراه والاستغلال ويترتب على هـ>هـ العيوب جعل التصرف قابل للابطال بطلان نسبي .

عـيـــــوب الإرادة :

- الـــغـــلـــط : وهو وهم يتولد في >هن المتعاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته بصفة جوهرية وكانت هـ>هـ الصفة هي الدافع الرئيسي لابرام العقد فإن له الحق في طلب بطلان العقد .

مـثـــال : أن يشتري شخص تحفة على أنها آثرية في حين أنها غير ذلك لهذ ا أجاز له القانون طلب بطلان العقد لوقوعه في الغلط .

- 2- التـــدلـــيـــس : وهو تضليل المتعاقد باستعمال طرق احتيالية تدفعه للتعاقد بحيث لولاها لما قبل التعاقد ويجوز للمتعاقد الذي وقع في التدليس طلب إبطال العقد وتتعدد طرقه فمثلا يستعمل الكذب أو كسكوت البائع عن خلل في مبيعه .

- 3- الإكـــــراه : هو ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه للتعاقد أي أن المتعاقد المكره يبرم العقد تحت سلطان رهبة يبعثها في نفسه دون حق ويجوز دائما للمتعاقد المره أن يطلب ابطال العقد

- 4- الإســـتـــغـــلال : هو فقدان توازن في الآداءات بين المنتعاقدين نتيجة استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد الآخر " وجود ركن مادي هو الغبن وركن معنوي هو الطيش " قابلية العقد لإبطال المصلحة الموقعة للاستغلال .

➢ ثـانـيـا : الـــمـــحـــل .

وهو الركن الثاني للتصرف ولايقوم التصرف الا به في حالة غيابه يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا, فلا يقوم عقد البيع مثلا بدون الشئ المبيع ولا يقوم عقد الايجار بدون الشئ المؤجر , ولا يكف أن يوجد المحل بل يجب أن يكون ممكنا ومعينا وأن يكون مشروعا أو غير مخالف للنظام العام كالمخذرات .

➢ ثـــالـــثـــا : الـــســـبـــب .

و هو الركن الثالث في التصرف القانوني ويعرف بأنه الدافع او الباعث للقيام بالتصرف فإذا انتفى السبب لتصرف ما يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا .

مـــثـــال : أن يقوم شخص بدفع مبلغ وفاء بدين لا وجود له بالوفاء هنا هو تصرف قانوني باطل لانه لا يوجد هناك سبب .

ملاحظة : في العقود الرضائية يكفي وجود ثلاث أركان هي : الإرادة والمحل و السبب .

➢ رابـــــعـــا : الـشـــكـــل

هناك بعض التصرفات لا تكون صحيحة ولا يعتد بها الا اذا تمت بشكل معين حيث اشترط المشرع تحريرها في شكل رسمي معين .

وإذا كان الأصل أنه يكتفي بالتراضي للقيام بالتصرف إلا أنه حماية للمتعاقدين الشكل يؤدي لبطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا .

مـثـــال :

عقود نقل ملكية العقارات .

فيترتب على قيام التصرفات القانونية قيام مبدأ هام هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أي ما تم الاتفاق على التصرف وتوفرت أركانه فإنه لا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه إلا بموافقة الطرف الآخر .

وقد نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين , فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين " وهذا كأصل عام " مبدأ شريعة المتعاقدين " الا أن هناك استثناء يقرره القانون (نظرية الميسرة والظروف الطارئة) .

وهناك مبدأ آخر هو مبدأ نسبية العقد ومعناه أنه يمكن لغير أن يتحمل الالتزام من العقد أو تصرف لم يقم به .

إستعمال الحق

إن إستعمال الحق مقيد بوظيفة الحق فالحق وظيفة إجتماعية و لا يحميه القانون إلا إذا إستعمل في هذا الإطار (إطار الوظيفة الإجتماعية) فإستعماله مقيد بعد الإضرار بالغير .

وقد عرفت نظرية التعسف في نظرية الحق تطورا و تباينا من خلال الفقه و التشريعات المختلفة .

1 – نظرية التعسف في إستعمال الحق :

أ– الفقه الإسلامي :

مكنت الشريعة الإسلامية لفكرة التعسف في إستعمال الحق و أعطتها أوسع تصوير وصلت إليه الشرائع و المذاهب الفقهية الحديثة , فالحقوق في نظر الفقه الإسلامي ليست سوى منحة من الله و هو المشرع يمنحها لعبارة لتحقيق غاية معينة فمن الطبيعي إذا وجوب إستعمال الحقوق وفق الغاية الإجتماعية .

و لهذا لم تنحصر فكرة التعسف في إستعمال الحق عن فقهاء علماء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير بل إتسعت لتشمل صورا أخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق , و الضرر الفاحش عند إستعمال الحق .

فمعايير التعسف لإستعمال الحق في الفقه الإسلامي .

1 – معيار شخصي :

أ – قصد الإضرار بالغير و مصدره الحديث الشريف " لا ضرر و لا ضرار " و يستدل على هذه النية (الإضرار بالغير) بالقرائن فإنعدام المصلحة الذاتية قرينة على قصد الإضرار بالغير , و من تطبيقاتها الدعاوي الكيدية .

ب– تخيل صاحب الحق وجها للإستعمال حقه ضارا بغيره دون الوجه الذي لا يضر الغير مع توفره تعسفا منه و لو كانت له مصلحة جدية مشروعة

2 – معيار موضوعي :

أ– عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير من جراء ذلك ,فإذا أراد صاحب الحق تحقيق مصلحة مشروعة و لكن لزم ذلك ضررا بالغير ويكون ضرر كبير فيكون هناك تعسف في إستعمال الحق و ذلك عملا بالقاعدة الفقهية " ضرب المفاسد أولى من جلب المغانم " و يقول الإمام الشاطبي " لا مصلحة مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها " .

و نعتمد هذا المعيار على الموازنة بين المضار و المنافع الواقعة لتقدير التعسف و ترتيب المسؤولية عليه .

ب – الضرر البين اللاحق بالجار .

نظرية التعسف في إستعمال الحق لدى الفقه و القضاء و التشريع الفرنسي :

طبقا للمذهب الفردي ليس ثمة قيد على إستعمال الحق , فأصحاب هذا المذهب لا يقبلون أن يرد على حق المالك في إستعمال ملكه أي اي قيد إلا في حالة واحدة هي عدم مجاوزة المالك حدود حقه وقد كان هذا المذهب مسيطرا على الفكر القانوني انذاك و كان يرى أن إستعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد فالقاعدة عند أصحاب هذا المذهب هي أنه لا يمكن أن ينسب لشخص و هو يستعمل حقه أي خطر .

و قد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب ,و نجد أيضا أن القانون الفرنسي كان يقر أنه لا خطأ عند إستعمال الإنسان لحقه , فالحق يرفع المسؤولية عن صاحبه , و من ابرز الفقهاء الفرنسيين الذين أيدوا المذهب الفردي "بلانيول " , الذي إنتقد نظرية التعسف في إستعمال الحق بقوله : " إن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في الوقت الواحد متفقا مع القانون و مخالفا له " و يرى أن نظرية التعسف في إستعمال الحق تناقض مع مضمون الحق إذ متى كان للشخص لا يتصور أن يتعسف فيه .

و نجد أن القضاء الفرنسي فيما بعد تبني نظرية التعسف من خلال أحكام متعددة إستند فيها لنظرية التعسف في إستعمال الحق و إنطلاقا من هذا أخذت نظرية التعسف في إستعمال الحق مكانها في الفقه و القضاء الفرنسي و لم يلبث أن إعتنق المشرع الفرنسي نظرية التعسف في إستعمال الحق .

ج – في القانون الجزائري :

تبنى المشرع الجزائري فكرة التعسف في إستعمال الحق و يعتبر الشخص متعسفا في إستعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 مكرر ق.م.ج :" يعتبرإستعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " .

فنجد أن تبني المشرع الجزائري فكرة التعسف في إستعمال الحق من خلال :

إقراره أن للحق وظيفة إجتماعية أي مرتبطة بالمصلحة المشروعة . فإقرار كل حق تتوخى مصلحة عامة .

و من خلال المادة 124 مكرر ق.م.ج يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الشخصي و الموضوعي .

أ – المعيار الشخصي :

إذا وقع قصد الإضرار بالغير يكون الشخص متعسفا في إستعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير كمن يبني حقه يملكه بقصد حجب النور عن جاره (فهذا يعتبر تعسفا في إستعمال حقه) , فإذا تم رفع إثبات توفر عنصر قصد الإضرار بالغير يعتبرهذا الشخص متعسفا في إستعمال حقه .

ب- المعيار الموضوعي :

1 – إذا كان إستعمال الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير (أي عدم التناسب بين المنفعة و الضرر)

مثال :

كمن يغرس أشجار لتوفر نوعا من الرطوبة و يحجب النور عن جاره .

2 – عدم مشروعية المصلحة إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة و ذلك بإستعمال مالك المنزل لمنزله لغرض مخالف للنظام العام .

3 – الضرر الفاحش اللاحق بالجار (لم ترد هذه الحالة في المادة 41 ق.م)

و لكن نجدها في المادة 691 ق.م.ج : " يجب على المالك أن لا يتعسف في إستعمال حقه لحد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للاخرين و الغرض الذي خصصت له " .

أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق :

أغلب الفقهاء يقولون أن أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق هو أن من يتعسف في إستعمال حقه يرتكب خطأ و يتحقق ذلك إذا إنحرف عن سلوك الرجل العادي و ذلك سواء كان الخطأ عمدي , و الخطأ يوجب التعويض عن ما تسبب به من ضرر و هذه هي المسؤولية التقصيرية .

و حسب وجهة نظر هذا الإتجاه فإنه عند عدم الخروج عن الحدود المادية للحق مع إستعماله إستعمالا مشروعا للحق ومن ثم فلا تترتب عليه مسؤولية صاحب الحق عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء إستعماله لحقه .

مثال :

إذا إفتتح تاجر محل تجارة قصد الربح ة لم يلجأ لمنافسة غير مشروعة فلا مسؤولية عليه ولو ترتب عن ذلك أن أفلس التاجر المجاور له .

و من النقد الموجه لهذا الإتجاه أنه من الممكن للشخص التعسف في حقه دون وجود للخطأ

وهناك إتجاه اخر من الفقه يرى يرى أن اساس نظرية التعسف في إستعمال الحق هو أن المصلحة هدف الحق وحدها هي الجديرة بحماية القانون بينما إستعمال صاحب الحق حقه (لا ضرار بالغير) أو كانت مصلحته تافهة بالنسبة لما يعود للغير من ضرر أو كانت مصلحته غير مشروعة ففي هذه الحالات لا تكون مصلحة جديرة بحماية القانون .

ويؤكد هؤلاء وجهة نظرهم أن المشرع إعتبر أن نظرية التعسف في إستعمال الحق نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسؤولية التقصيرية إذ خصها المشرع بنصوص خاصة بها .

جزاء التعسف في إستعمال الحق :

غن الجزاء قد يكون وقائي (قبلي) و ذلك إذا ظهر التعسف في إستعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه فيمكن منع صاحب الحق من التعسف في حقه أما في حالة التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المتضرر .

– حماية الحق :

في إقرار قانون الحق لابد ان تكون للشخص وسائل تمكنه من حماية الحق و لكن أهم وسيلة قانونية هي الدعوى .

تعريف الدعوى :

تنص المادة **459** إجراءات مدنية : " يجب أن يكون لرافع الدعوى أهلية التقاضي , و ان يكون لرفع الدعوى مصلحة و صفة , و يجب أن يوقع الدعوى في ميعاد قانوني , و يجب أن لا يكون قد سبق الحكم بالدعوى ذاتها " .

و منه شروط قبول الدعوى هي الواردة في المادة **459** .

إثبات الحق

توجد صلة وثيقة بين الإثبات و بين حماية الحق فعلى صاحب الحق المعتدي عليه أن يقيم الدليل على أنه فعلا صاحب الحق .

تعريف الإثبات :

و هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود الواقعة القانونية المنشئة للحق و ذلك بالكيفيات و الطرق التي يحددها القانون .

المذاهب المختلفة في الإثبات :

أ– مذهب الإثبات المطلق أو الحر :

يكون للقاضي وفق هذا المذهب سلطة واسعة في التحري عن الوقائع التي تعرض عليه فيكون له دور فعال في تسيير الدعوى و إستجماع الأدلة .

ب – مذهب الإثبات المقيد :

قد يفرض المشرع طرقا محدودة للإثبات فلا يستطيع المتقاضي في إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي يحددها القانون كما يكون القاضي ملزما بهذه الوسيلة فهذا المذهب يفيد القاضي بمسألة الإثبات .

ج – المذهب المختلط :

يأخذ هذا المذهب بالإثبات المقيد بمسائل معينة كالمسائل المدنية , التي يطلب المشرع إثباتها بالكتابة .

أما في المسائل التجارية فيأخذ بنظام الإثبات المطلق أو الحر كما تتطلبه هذه المسائل من سرعة في التعامل فلا يمكن تقييدها بأدلة معينة , و المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط .

محل الإثبات :

يقصد به إثبات الواقعة القانونية المنشئة للحق لأنها مصدر الحق و بإثبات المصدر يثبت نشوء الحق , و نجد أن محل الإثبات يختلف من الواقعة المادية القانونية عن التصرف القانوني .

أ – محل الإثبات في الواقعة المادية القانونية :

و التي تكون إما بفعل الطبيعة وحدها لا دخل للأنسان فيها مثل : الولادة , الوفاة و قد تكون واقعة مادية من عمل الإنسان مثل : الفضالة .

و كلما كانت الواقعة المادية مصدرا للحل المتنازع عليه كانت هذه الواقعة بالذات محل الإثبات أمام القضاء , أي تكون هي ما ينبغي إقامة الدليل على إثباتها حتلا يثبت وجود الحق ذاته .

و يشترط في الواقعة المادية القانونية التي تكون محل الإثبات :

1 – أن تكون الواقعة المراد إثباتها لها علاقة بالحق موضوع النزاع .

2 – ان تكون الواقعة منتجة في إثبات الحق أي تكون الواقعة المراد إثباتها , لها أثر منتج في إثبات نشوء أو قيام أو وجود الحق المدعى به أمام القضاء إذ أنه لا ضرورة لإثبات واقعة لا يؤدي إثباتها للتدليل على قيام الحق موضوع النزاع .

3 – يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول , يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها قبولها بدليل الدعوى . مثال : أن القانون لا يجيز القرض بفائدة بين الأفراد و عليه فلا جدوى من إثبات هذا الإتفاق لأنه واقعة قانونية غير جائزة القبول .

ب – محل الإثبات في التصرف القانوني :

تعتبر إحداث أثر أو تصرف قانوني و تتوقف على إرادة الأشخاص و التصرفات القانونية بإعتبارها مصادر إرادية للحقوق تختلف عن الوقائع المادية من حيث الإثبات , و نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 333 ق.م.ج إستلزم في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج أن تكون غير محددة القيمة ,أن تثبت بالكتابة (تستبعد و سائل الإثبات الأخرى) .

و تستثني قاعدة إثبات حقوق التصرفات القانونية بالكتابة في حالتين :

أ – بالمعاملات التجارية .

ب – التصرفات القانونية التي قيمتها 100.000 دج فأقل (معاملات مدنية) .

عب ء الإثبات :

أي من هو المطالب بتقديم الدليل على وجود الحق و يقع عبئ الإثبات على :

1 – من يدعي مجود الحق الإبتدائي (المدعي) فإذا طالب شخص معين شخصا اخر بمبلغ من المال فيجب عليه بصفته دائنا أن يقدم دليلا على ذلك .

2 – في حالة دفع الإدعاء من جانب المدعى عليه يقع على هذا الأخير عبئ الإثبات . مثال : في حالة إنكار المدين للدين فعليه تقديم الدليل على صحة إنكاره (إثبات إنقضاء الدين أو إثبات عدم أحقية هذا الدين) .

إستثناء عن هذه القاعدة :

يلاحظ أن القرائن القانونية التي ينص عليها المشرع قد تغير من عبئ الإثبات (أي تعفي منه) فهي تعفي الإثبات إذا كانت قاطعة أو تنقل عبئ الإثبات إلى عاتق الخصم إذا كانت بسيطة . مثال : (بسيطة) القرينة التي نص عليها المشرع بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط الأخرى حتى يقوم دليل على عكس ذلك

مثال : (قاطعة) لقد أقام المشرع بحالة نقص الأهلية قرينة قاطعة على إرادة ناقص الأهلية .

طرق الإثبات : تختلف انواع طرق الإثبات فنجدها تتدرج من حيث قوتها :

- **1 – الكتابة :**

تعتبر من أهم الوسائل على الإطلاق و نجد أن المشرع الجزائري يشترط الإثبات بالكتابة للتصرفات القانونية المدنية التي تتجاوز قيمتها **100.000** د ج . و الكتابة نوعان :

أ – كتابة رسمية :

و هي التي تتم أمام موظف رسمي أو ضابط عمومي محررة في ورقة رسمية .

ب – كتابة عرفية : و هي ورقة يحررها الأفراد فيما بينهم , و لابد أن تتبع بتوقيع ذوي الشأن , و ليس لها حجية لما تتضمنه إذ يستطيع موقع الورقة إنكار ما تتضمنه , أما إذا أقرها تكون لها قوة الورقة الرسمية .

- **2 – الشهادة : (البينة)**

هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها بحيث تكون للقاضي سلطة تقديرية ويؤخذ بالشهادة في إثبات الوقائع المادية و التصرفات أو المعاملات التجارية , و التصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن **100.000** د ج و كذلك يجوز الإثبات بالشهادة , إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته .

- **3 – القرائن :**

و تنقسم لنوعين :

أ – قرائن قانونية :

هي التي ينص عليها المشرع كدليل إثبات تعفي من تقرر لصالحه من عبئ في الإثبات وهي نوعان :

1 – قرينة قانونية بسيطة :

وهي التي لا تعفي نهائيا من الإثبات بل تنقل عبئ الإثبات من على عاتق المكلف به إلى عاتق الشخص .

مثال :

إذا صدر تصرف في مرض الموت إعتبر كأنه قد تم على سبيل التبرع و على المدعي إثبات عكس ذلك .

2 – قرينة قانونية قاطعة :

فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها مثل حالة ناقص الأهلية .

ب – قرائن قضائية :

هي كل ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم الأدلة على أمر مجهول (لإستنتاج من طرف القاضي) .

4 – حجية الشيء المقضي به :

الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوة يعتبر عنوانا للحقيقة و العدالة , و لا يجوز مخالفته لذلك تكون له حجية في مواجهة الكافة فبالنسبة لأطراف الخصومة المدعي و المدعى عليه أو غيرهم من الناس و بصدور الحكم النهائي لا يجوز إعادة رفع النزاع لأي جهة قضائية طالما لم يتغير , و يمكن الإحتجاج بالحكم القضائي النهائي كدليل على صحة ما جاء فيه .

➢ 5 – الإقرار : (الإعتراف)

وهو إعتراف الخصم بصحة الواقعة المدعى بها و هو إما أن يكون قضائي أو غير قضائي :

ا – إقرارقضائي :

يكون قضائيا إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في النزاع المتعلق بالواقع , و لا يجوز للشخص الرجوع عن إقراره بعد صدوره صحيحا .

ب – إقرارغير قضائي :

وهو الذي يصدر في غير المجالس القضائية .

➢ 6 – اليمين :

يقصد بها أداء القسم , و هو نوعان :

أ – اليمين المتممة :

و هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من أطراف الخصومات بغرض إتمام قناعته , و هذه اليمين لا أثر لها لأن القاضي له أن يأخذ بها , كما له أن لا يأخذ بها , حتى بعد قيام الخصم بحلف اليمين , و للخصم ان يحلف اليمين المتممة إذا طلبها القاضي و له أن يمتنع عن ادائها .

ب – اليمين الحاسمة :

و هي توجيه اليمين للخصم الأخر , و غالبا ما يلجأ الشخص لإثبات اليمين الحاسمة , كاخر طريقة من طرق الإثبات , و يجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة ردها لخصمه , المادة 343 ق.م.ج و إذا حلف الخصم اليمين فيخسر من وجه الدعوى نهائيا و لا يجوز له إثبات كذب اليمين و كذلك إذا ردت اليمين للخصم و تكل عنها خسر دعواه 347 ق.م .

إنقضاء أو زوال الحق

تقتضي الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية بوفاة الشخص كأصل عام , فيما الحقوق العائلية فتتعدد بحسب كل حق .

إنقضاء الحق العيني :

أ– الحقوق العينية الأصلية :

يخص حق الملكية ينقضي عموما ب :

– وفاة المالك إذ ينتقل للورثة .

– بالتصرف فيه .

– هلاك الشئ المملوك .

حق الإنتفاع :

– وفاة المنتفع .

– إنتهاء المدة المقررة .

– عدم إستعماله لمدة 15 سنة .

–هلاك الشئ محل الإنتفاع .

الإرتفاق :

– إنتهاء المدة المقررة .

– عدم إستعماله لمدة 15 سنة .

– هلاك العقار المرتفق به .

– إجتماع العقاران في يد مالك واحد .

ب – الحقوق العينية التبعية :

فتنقضي تبعا لإنقضاء الحق الشخصي (إنقضاء بصفة تبعية) و قد تنقضي بصفة أصلية في حالة هلاك الشئ المرهون أو تنازل المرتهن عن الرهن أو عدم تجديد قيد الرهن .

2 – إنقضاء الحق الشخصي :

ينقضي الحق الشخصي غما بالوفاء أو ينقضي بدون وفاء .

أ – إنقضاء الحق بالوفاء :

وهو تنفيذ المدين ما إلتزم به عينا و بذلك ينقضي حق الدائن (تعريف الوفاء)

يشترط في بعض الإلتزامات ان يتم الوفاء من المدين نفسه حين يكون شرط في الإلتزام , و لكن فيما عدا هذا يكون الذي يفي بالوفاء شخص اخر غير المدين يسمى الغير و ينقضي بذلك الحق . ويكون للموفي (الغير) الرجوع للمدين إما بالدعوى الشخصية و هي دعوة فضالة أو دعوة إثراء بلا سبب أو دعوة وكالة , كما يجوز للموفي الرجوع للمدين بدعوى الحلول

و يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته ان يمنع رجوع الموفي عليه بما وفاه عنه إذا أثبت أن له مصلحة في الإعتراض على الوفاء .

ب – إنقضاء الحق بما يعادل الوفاء :

1 – الوفاء بمقابل :

يتم الوفاء إذا قدم المدين شئ اخر غير ما كان ملزم به , و يشترط أن يقبله الدائن 285 و يترتب على الوفاء بالمقابل إنقضاء حق الدائن .

2 – المقاصة :

تنطوي على تصفية حسابية للحقوق و الإلتزامات المتبادلة بين شخصين إذا كان لكل منهما دينا على الشخص الأخر و مدينا له في نفس الوقت .

فللمدين أن يجري المقاصة بما هو مستحق عليه من الشخص الاخر و ما هو مستحق له في ذمة نفس الدائن من ناحية أخرى .

شروط المقاصة :

يشترط لصحة المقاصة :

1 – أن يكون موضوع كل من الينين اللذين تجري المقاصة بينهما نقودا .

2 – أن يكون كل من الدينين ثابتا أي لا نزاع فيهما .

3 – أن يكون الدينين مستحقي الاداء .

و يترتب على إجراء المقاصة إنقضاء حق الدائن بالقدر الذي تمت فيه المقاصة .

3 – إتحاد الذمة :

هو أن تجتمع في ذمة شخص واحد سميا الدائن و المدين بالنسبة لدين واحد . مثال ذلك أن يرث الدائن المدين فلا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين , فينقضي هذا الدين , إما إذا ورث مقدار الثلث مثلا فإن الدين ينقضي

بمقدارالثلث لأنه إتحدت ذمته مع ذمة المورث في حدود ثلث الدين فقط و يبقى دائنا بمقدار الثلثين يطالب بها بقية الورثة .

4 – التجديد :

هو إتفاق على إستبدال دين قديم بدين جديد فينقضي الدين القديم و ينشأ دين جديد .

و يكون ذلك إما بتغيير المحل او المصدر المنشئ للدين , أو بأحد أطرافه الدائن و المدين .

ج – إنقضاء الحق بدون وفاء :

و يتم بثلاث حالات :

1 – الإبراء :

هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل , و يتم الإبراء بإرادة الدائن فهو تصرف (إرادة منفردة) , لهذا يشترط أن يكون الدائن أهلا للتبرع , و يمكن للمدين إبراء الدين له إذ لا يجبر على قبول تبرع لا يريده .

2 – إستحالة التنفيذ :

هي أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا لسبب أجنبي : كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الغير أو فعل الدائن نفسه .

كما إذا هلك محل الإلتزام فإنه لا محالة ينقضي لأنه لا إلتزام بالقيام بمستحيل , و لا يلزم المدين بتعويض الدائن إذا كان فعل الغير أو فعل الدائن هم السبب الوحيد لإحداث الضرر .

أما إذا كانت إستحالة التنفيذ راجعة للمدين نفسه فإنه يلتزم بتعويض الدائن .

3 – التقادم المسقط :

هو إفتراض قانوني مؤداه أن الدائن الذي سكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة (15 سنة) , إما أن يكون إستوفى حقه أو إبرائه من الدين و قد نص المشرع على مدة 15 سنة كمدة تقادم مسقط للدين . و هناك ديون أخرى تنقضي بمرور مدة أقصر نظرا لطبيعتها الخاصة .

و هنا يتحول الحق من حق تام إلى حق ناقص أي من إقرار و حماية قانونية إلى إقرار دون حماية القانون .